echtswissenschaft.
4034
31761 08306649 8

Presented to the
LIBRARY *of the*
UNIVERSITY OF TORONTO
by

Rutherford Library,
University of Alberta

Y 435

Erläuterung

des allgemeinen

bürgerlichen Gesetzbuches

für die

gesammten deutschen Länder

der

österreichischen Monarchie,

mit besonderer Berücksichtigung des practischen Bedürfnisses

von

Franz Xaver J. F. Nippel,

k. k. mährisch-schlesischer Appellationsrath, Ehrenbürger der k. k. Prov. Hauptstadt Grätz.

Siebenten Bandes erste Abtheilung;

enthaltend die §§. 983 bis einschließig 1125.

Grätz, 1834.

Im Verlage bey Damian und Sorge.

K
N7196
E7
1830
Bd.7

Papier und Druck von den Gebrüdern
Georg und Carl Tanzer.

Ein und zwanzigstes Hauptstück.

Von dem Darleihensvertrage.

§. 983.

Darleihen.

Wenn Jemanden verbrauchbare Sachen unter der Bedingung übergeben werden, daß er zwar willkührlich darüber verfügen könne, aber nach einer gewissen Zeit eben so viel von derselben Gattung und Güte zurück geben soll; so entsteht ein Darleihensvertrag. Er ist mit dem, obgleich ebenfalls verbindlichen Vertrage (§. 936), ein Darleihen künftig zu geben, nicht zu verwechseln.

1) Der Darleihensvertrag kommt in vielen Bestimmungen mit dem Leihvertrage überein, und wurde deßhalb auch in dem gallizischen Gesetzbuche in einem und demselben Hauptstücke abgehandelt [1]). Er ist so, wie dieser, ein Realcontract, der erst durch die Uebergabe abgeschlossen wird. Die Verabredung, Jemanden künftig ein Darleihen geben zu wollen, ist nur ein Vorbereitungsvertrag, welcher nach der obigen Vorschrift (§. 936) beurtheilet wird. Es ist sohin derjenige, der sich in diesem Vertrage verbunden hat, dem Andern ein Darleihen zu geben, verpflichtet, diesen Vertrag zur bestimmten Zeit durch Uebergabe der versprochenen Summe Geldes, oder der anderen bedungenen verbrauchbaren Sachen zu erfüllen. Thut er dieses nicht, so kann der Andere binnen dem im §. 936 bestimmten Zeitraume auf Er-

1) III. Theil, 3. Hptst.

füllung klagen; das etwa in der Hoffnung, um das Darleihen zu bekommen, bereits ausgefertigte Schuldinstrument zurückfordern, und auf Vergütung des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens antragen. — Gegen eine solche Klage kann der Versprecher des Darleihens sich hauptsächlich mit der Einwendung der veränderten Umstände schützen (§. 936). Dahin gehört besonders, wenn nach dem Versprechen in den persönlichen oder Vermögens-Umständen des Borgers Veränderungen vorgefallen sind, wodurch die persönliche oder dingliche Sicherheit, auf welche der Darleiher bey dem Versprechen Rücksicht genommen hat, geschmälert wird. — Verweigert umgekehrt derjenige, dem das Darleihen versprochen worden ist, die Uebernahme, weil er z. B. dasselbe aus einer anderen Hand erhalten hat; so kömmt es darauf an, ob ihm das Darleihen gegen Entrichtung von Zinsen, oder ohne solche zugesichert worden ist. — Im ersteren Falle kann er zur Schadloshaltung angehalten werden; im zweyten Falle geht dem Darleihens-Versprecher kein Nachtheil zu, es kann sohin auch von einem Schadenersatze keine Rede seyn.

2) Mit dem Leihvertrage insbesondere kommt das Darleihen noch darin überein, daß nicht das Stammgut (so wie bey der Schenkung §. 938), sondern nur der Gebrauch davon auf den Empfänger übergehen soll; zwar nicht bloß der Gebrauch der Sache selbst, sondern der Gebrauch des Werthes derselben (§. 510). Darin liegt zugleich der Unterschied zwischen dem Darleihens- und dem Leihvertrage. — Der Gegenstand des letzteren ist nähmlich, wie wir bereits gehört haben, eine unverbrauchbare und unvertretbare Sache; der Entlehner muß daher auch nach gemachtem Gebrauche die nähmliche specifische Sache zurückstellen. Gegenstände des Darleihensvertrages sind daher verbrauchbare und vertretbare Sachen, von denen sich der Regel nach kein anderer Gebrauch denken läßt, als, daß sie verzehret, oder wenigstens hintangegeben werden, die sich aber durch andere Sachen von der nähmlichen Gattung, Güte und Quantität dergestalt ersetzen lassen, daß die eine die Stelle der andern vollkommen vertreten kann. Von dieser Art sind z. B.: Geld, Getreide, Wein, Papier u. dgl. Andere Sachen können darum kein Gegenstand des Darleihens seyn, weil man dem

Gläubiger, statt des schuldigen Objectes, nicht etwas anderes wider seinen Willen aufdringen kann; denn der Darleiher bedingt sich weder die Zurückgabe der nähmlichen, individuellen, dargeliehenen Sache, noch aber auch eine Sache anderer Gattung; sondern Sachen von gleicher Gattung, dann gleicher Quantität und Qualität. Würde sich Jemand für die zur freyen Verfügung übergebene Sache eine von einer andern Gattung, oder aber von gleicher Gattung, jedoch von ungleicher Quantität und Qualität bedingen, z. B. anstatt zwey Eimer Weines von dem Jahrgange 1829 einen von dem Jahrgange 1811; so wäre dieser Vertrag als ein Tauschvertrag zu behandeln (§. 1045).

3) Aus der Erläuterung des §. 301 gehet hervor, daß die verbrauchbaren Sachen auch res fungibiles genannt werden, weil sie die Eigenschaft haben, daß sie eine wechselseitige Stellvertretung zulassen; man kann daher behaupten, daß alle verbrauchbaren Sachen auch res fungibiles seyn, welcher Behauptung auch der gegenwärtige §. offenbar das Wort spricht. — Allein umgekehrt gilt dieser Satz nicht; denn es gibt Sachen, die eine Stellvertretung zulassen, und doch nicht verbrauchbar sind [1]). Darum muß auch hier auf den Ausdruck des Gesetzes, daß Darleihen nur in *verbrauchbaren* Sachen gegeben werden, ein besonderes Gewicht gelegt werden, da manche Rechtslehrer die Definition des Darleihens-Vertrages dahin geben, als ob der Gegenstand desselben *vertretbare* Sachen wären [2]). Setzen wir z. B.: ein Buchhändler, bey dem sich um einige Exemplare eines Werkes erkundigt wird, ersuche einen seiner Collegen, ihm diese Anzahl Exemplare zu leihen, und verspricht sie nächstens in natura zurückzustellen. — Die einzelnen Exemplare eines und

1) Die bey Erläuterung des §. 301 vorkommende Bemerkung, daß unverbrauchbare Sachen keine Stellvertretung zulassen, bezieht sich nur auf das Gewöhnliche.

2) So sagt Vinnius in Commentar ad princ. Instit. Quibus mod. re. contrah. obligat. Nr. 2. et 3. Mutuidatio in iis rebus consistit, quae ita comparatae sunt, ut aliae aliarum vice fungantur, atque tantundem ex eodem genere nobis in relatione ad patrimonium nostrum idem sit.

des nähmlichen Werkes sind doch offenbar vertretbare Sachen; denn es vertritt ein Exemplar die Stelle des anderen so vollkommen, als kaum eine Sache von anderer Gattung die Stelle einer Sache gleicher Gattung ersetzet. — Es entsteht nun die Frage, in welche Classe der Verträge der zwischen diesen beyden Buchhändlern geschlossene Vertrag (ich setze die Uebergabe der begehrten Exemplare voraus) gehöre? — Er ist offenbar kein Leihvertrag, weil bey diesem die Rückgabe der nähmlichen individuellen Sache bedungen wird (§. 971); er ist aber, nach der Erklärung unseres bürgerlichen Gesetzbuches, auch kein Darleihensvertrag, weil die Exemplare eines schriftstellerischen Werkes nicht unter die verbrauchbaren Sachen gerechnet werden. Er gehört sohin unter die unbenannten Contracte.

4) Aus dem Gesagten ist sohin zu ersehen, daß der Darleiher nur den Gebrauch oder die eigene Benützung (gegen oder ohne Entgeld §. 984) durch die bedungene Zeit vermissen, und auf die Individualität der Sache Verzicht leisten wolle. Das dargeliehene Stammgut (Capital) rechnet er noch immer zu seinem Vermögen, und will, der Natur des Vertrages gemäß, daß er nach Ablauf der Zeit in Rücksicht des Stammgutes (mit Vermissung des Zwischengebrauches) in den nähmlichen Zustand zurück versetzt werde, worin er sich befunden haben würde, wenn er das Gut in seinem Besitze behalten hätte. Diese einfache, aus der Natur des Darleihens unmittelbar sich darstellende Wahrheit ist, wie v. Zeiller sagt, die Grundlage der aus dem Darleihensvertrage entspringenden wechselseitigen Rechte und Verbindlichkeiten.

5) Es wurde gleich am Eingange der Erläuterung bemerkt, daß der Darleihensvertrag erst mit der Uebergabe zu Stande komme. Indessen ist es nicht nothwendig, daß die Uebergabe immer eine wahre und eigentliche sey; sie kann auch brevi manu geschehen. Dahin gehört: a) wenn derjenige, dem ich ein Darleihen geben will, das Geld schon aus einem andern rechtlichen Grunde, z. B. als ein Depositum, in Händen hat, und ich ihm auf sein Verlangen, oder durch mein freywilliges Anerbiethen gestatte, das Geld als ein Darleihen zu gebrauchen. Im ersten Falle ist gleich nach der Verwilligung, in dem zweyten

von dem Augenblicke der ausdrücklichen oder stillschweigenden Annahme die Uebernahme als geschehen anzusehen (§. 959); b) wenn ich dem Andern, der mich um ein Geld darleihen ansprach, statt baren Geldes andere Sachen in der Absicht gegeben habe, daß er sie verkaufen und das daraus zu lösende Geld als ein Darleihen behalten und gebrauchen solle. Es ist hier eben so viel, als wenn das aus dem Verkaufe der Sache gelöst'te Geld dem Eigenthümer überbracht, und von diesem dem Ueberbringer auf sein Gesuch als ein Darleihen zurückgegeben worden wäre. Es wird also vorausgesetzt, daß der Schuldner die zum Verkaufe erhaltene Sache nicht nur wirklich verkauft, sondern auch das Geld dafür eingenommen haben müsse; c) wenn Jemand seinem Schuldner befiehlt, das ihm schuldige Geld einem Dritten als ein Darleihen auszuzahlen, und der Schuldner das Geld dem Dritten wirklich zuzählet; weil in diesem Falle angenommen werden muß, als ob der vorige Schuldner das Geld dem Gläubiger bezahlt, der neue Schuldner aber das Geld von dem Gläubiger als Darleihen empfangen habe; d) wenn Jemand seinem Bevollmächtigten auf sein Gesuch, oder auch aus freyem Antriebe gestattet, das Geld, welches dieser für ihn eingenommen, und an ihn auszuzahlen hätte, als ein Darleihen für sich zu behalten. — Dieser Fall ist ganz ähnlich mit dem sub a) erwähnten. Es gilt also auch hier die nähmliche Bemerkung.

6) Der Entlehner erwirbt durch den Act der Uebergabe das wirkliche Eigenthum der übergebenen Gegenstände. — Wenn dieselben auch noch unverwendet vorhanden wären, so könnte der Darleiher im Falle eines über das Vermögen des Entlehners ausgebrochenen Concurses in der Regel dieselben nicht vindiciren. — Aus eben dem Grunde aber, daß das Darleihen die volle Veräußerung der dargeliehenen Sache enthält, kann nur derjenige ein Darleihen geben, welcher die freye Verfügung über sein Vermögen hat, oder wer sonst zur Veräußerung fremder Sachen befugt ist. Wird also das Darleihen von solchen Personen gegeben, die hierzu nicht befugt sind; so ist der Vertrag an sich nichtig, und das Eigenthum wird daher durch die Uebergabe auf den Empfänger nicht übertragen. Dessenungeachtet kann das Ge-

schäft in der Folge durch Consumtion oder Verjährung gültig werden. Sind nähmlich die Sachen bey dem Empfänger noch in natura vorhanden, so können sie von dem Eigenthümer oder dessen Vertreter vindicirt werden, und es ist hier gleichviel, ob der Empfänger im guten oder bösen Glauben sey. Ist jedoch nach der Uebergabe durch Verjährung das Eigenthum auf den Empfänger übergegangen (§. 1466), so fällt auf Seite des Eigenthümers die Vindication weg, und ihm erübrigt nichts, als den Darleihensvertrag nachträglich zu genehmigen, und aus diesem die Klage zu stellen. Ein Gleiches ist der Fall, wenn das Geld oder die anderen Sachen redlicher Weise consumirt worden sind; hat aber der Empfänger dieselben mala fide consumirt, so treten für ihn die im §. 335 ausgesprochenen Verpflichtungen ein.

7) Der Schuldner ist nach der Natur des Darleihens verbunden, eben so viel, als er erhalten hat, der Gattung, Qualität und Quantität nach zu erstatten. Es kann zwar durch Vertrag ausgemacht werden, daß der Schuldner weniger zurückgeben soll, als er empfangen hat; allein in diesem Falle ist der erlassene Ueberrest nicht als Darleihen, sondern als Schenkung zu behandeln. Es wäre hier ein aus einem Darleihens- und Schenkungs-Vertrage zusammengesetzter Contract vorhanden. In wie weit der Vertrag, daß der Schuldner mehr restituiren solle, als er erhalten hat, aufrecht erhalten werden könnte, kommt §. 993 vor. — Es muß ferners eine Sache von der nähmlichen Gattung wieder gegeben werden, als der Schuldner erhalten hat; also nicht Getreide statt des geliehenen Weines, nicht Korn statt des geliehenen Weitzens. — Wie die Wiederbezahlung in dem Falle zu leisten sey, wenn Geld oder Schuldbriefe als Darleihen gegeben werden, kömmt in den folgenden §§. ausführlicher vor. Die Wiedererstattung muß endlich auch mit Sachen von derselben Güte geschehen, von welcher die empfangenen waren. Daher darf z. B. statt des erhaltenen alten Weines nicht junger Wein gegeben werden. Dieses bringt alles die Natur des Contractes mit sich, wenn gleich deßhalb keine ausdrückliche Verabredung geschehen ist.

§. 984.

Arten desselben.

Ein Darleihen wird entweder in Geld oder in anderen verbrauchbaren Sachen, und zwar ohne, oder gegen Zinsen gegeben. Im letzteren Falle nennt man es auch einen Zinsenvertrag.

1) Die wichtigste Stelle unter den verbrauchbaren Sachen, welche geborgt zu werden pflegen, nimmt das Geld ein (§. 304 Nr. 2), und das Gelddarleihen fordert besondere, ihm eigenthümliche, rechtliche Bestimmungen. Die Hauptarten eines Darleihens sind also: ein Darleihen im Gelde (§§. 985 — 991), oder in anderen verbrauchbaren Gegenstände (§. 992).

2) Der Darleihensvertrag wird entweder ohne Entgeld für den Gebrauch, oder gegen Entgeld, das man Zinsen nennt, geschlossen. Im letzteren Falle heißt dieser Vertrag auch Zinsenvertrag. Er gehört daher manchmahl zu den entgeldlichen, manchmahl zu den unentgeldlichen Verträgen. Darin ist also das gegenwärtige Gesetzbuch von den Bestimmungen des Entwurfes, nähmlich des gallizischen Gesetzbuches, bedeutend abgewichen, weil das letztere zur Wesenheit des Darleihensvertrages den Umstand rechnet, daß für den Gebrauch keine Vergeltung geleistet werde; für den eigentlichen Zinsenvertrag wurden auch eigene Bestimmungen in einem abgesonderten Hauptstücke gegeben [1]). Indessen wird auch noch gegenwärtig vermuthet, daß der Gebrauch unentgeldlich überlassen worden sey; denn Zinsen müssen besonders bedungen werden, ausgenommen, sie gebühren dem Darleiher als Entschädigung für die unterlassene Erfüllung der Vertragspflicht (§. 1333).

§. 985.

Gelddarleihen.

Ein Gelddarleihen kann klingende Münze, oder Papiergeld, oder öffentliche Schuldscheine (Obligationen) zum Gegenstande haben.

---

1) Sieh III. Th., 3. Hauptst., §. 79; dann 5. Hauptst.

1) Die verschiedenen Gattungen des Geldes, welche in dem österreichischen Kaiserstaate im Umlaufe sich befinden, wurden bereits bey Erläuterung des §. 304 umständlich angeführt, daher sich gegenwärtig hierauf berufen wird.

2) Oeffentliche Schuldscheine (Obligationen) gehören zwar, strenge genommen, nicht unter die verbrauchbaren Sachen; denn der gewöhnliche Nutzen, den der Eigenthümer davon ziehet, ist der Genuß der hiervon zu beziehenden Interessen. — Da jedoch dieselben, so wie verbrauchbare Sachen, eine vollkommene Vertretung zulassen, ferners mit selben häufiger Verkehr getrieben wird, und wenigstens eine nicht unbeträchtliche Anzahl von Menschen nicht so sehr aus dem Besitze derselben, als nur gerade aus diesem Verkehre Nutzen zu ziehen sucht, und da besonders einzelne Gattungen derselben sich sehr dem baren Gelde annähern (§. 371 Nr. 2): so dehnet hier das Gesetz den Begriff verbrauchbarer Sachen im Sinne des §. 983 auch auf solche öffentliche Schuldscheine aus.

§. 986.

a) In klingender Münze oder Papiergelde.

In wie fern ein Darleihen in klingender Münze überhaupt geschlossen werden könne, und in welcher Währung (Valuta) ein solches Darleihen, oder ein Darleihen in Papiergeld zurück zu zahlen sey, bestimmen die darüber bestehenden besonderen Vorschriften.

1) Ein Darleihen in klingender Münze kann entweder in klingender Münze überhaupt (ohne Bestimmung der Münzsorten), oder es kann über bestimmte Münzsorten (§§. 987 — 989) abgeschlossen werden. — In Rücksicht des ersteren entstehen zwey Fragen: a) In wie fern kann ein solches Darlehen eingegangen, und b), wie muß es zurückgezahlet werden? — Beyde Fragen läßt unser Gesetzbuch unbeantwortet, und beruft sich dießfalls auf die besonders darüber bestehenden Vorschriften. Wie es gekommen sey, daß die Beantwortung dieser beyden Fra-

gen, welche doch offenbar Privatrechte und Pflichten der Einwohner des Staates unter sich zum Gegenstande haben (§. 1), nicht in das Gesetzbuch aufgenommen worden sey, erklärt Herr Regierungsrath v. Scheidlein [1]) durch folgende historische Bemerkungen. Das bürgerliche Gesetzbuch war bereits im Jahre 1810 verfasset, und die Vorlesungen über dasselbe hatten an der Wiener-Universität bereits im November desselben Jahres angefangen. — Dem Professor wurden die gedruckten Bögen nach und nach zur Vertheilung unter seine Schüler zugesendet. Weil man aber noch nicht wußte, was in Ansehung der Bancozettel, als der damahligen Valuta, für die Zukunft beschlossen werden dürfte, und ob und in wie weit davon in dem bürgerlichen Gesetzbuche Erwähnung zu machen sey, zögerte man mit der allgemeinen Kundmachung desselben um so mehr, als der neue Finanzplan bis zur Erscheinung des Finanzpatentes ein Geheimniß blieb. Aber auch nach Erscheinung des Finanzpatentes unterblieb diese Kundmachung bis zum 1. Juny 1811, weil über die Frage, was aus dem Finanzpatente in das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch übertragen werden soll, die Gesetzgebungs-Hofcommission für nöthig fand, sich mit der Finanz-Hofstelle in das Einvernehmen zu setzen, bis endlich das von dem Landesfürsten genehmigte Uebereinkommen getroffen wurde, daß, da das Finanzpatent keine bleibende Norm seyn dürfte, wie dasselbe auch wirklich kurz nach seiner Kundmachung manche Veränderungen erlitt, man sich in dem Gesetzbuche lediglich auf die über die beyden oberwähnten Fragen bestehenden Vorschriften beziehen soll. Hiermit steht auch der Inhalt des Kundmachungs-Patentes in Verbindung.

2) Die besonderen Vorschriften, wodurch die beyden oberwähnten Fragen entschieden werden, sind demnach in dem am 20. Februar 1811 erlassenen, und am 15. März hierauf mit der Clausel der allsogleichen Verbindlichkeit kund gemachten Finanzpatente, und in den nachgefolgten Vorschriften enthalten. — Dieses Pa-

1) Miszellen aus dem Gebiethe der bürgerlichen und der mit derselben verwandten politischen Gesetzgebung des österreichischen Kaiserstaates. 1. Heft. Wien, 1820. Die darin enthaltenen Bemerkungen werden auch hier bey Erläuterung des gegenwärtigen und der folgenden §§. benützt.

tent enthielt zwey Theile in sich. In dem ersten wird entschieden, a) daß die Stadt-Wiener Banko-Zettel nur bis letzten Jänner 1812 im Umlaufe zu bleiben haben, b) daß sie vom 15. März 1811 an gegen Einlösungsscheine und Conventionsmünze auf den fünften Theil ihres Nennwerthes bestimmt werden, und in diesem Betrage bey allen öffentlichen Cassen und von Privaten bis letzten Jänner 1812 unweigerlich anzunehmen seyen. Im §. 8 werden die Einlösungsscheine nach ihrem vollen Nennwerthe, und bis letzten Jänner 1812 die Banco-Zettel nach dem fünften Theile ihres Nennwerthes als Wiener-Währung und die einzige Valuta für das Inland erklärt. Im zweyten Theile folgen die rechtlichen Bestimmungen, welche diese Finanzoperation in Hinsicht auf die Geschäfte des bürgerlichen Lebens nothwendig gemacht hat, und wovon hier nur die in Beziehung auf den Darleihensvertrag in selbem enthaltenen Vorschriften aufgeführt werden sollen; wobey ich noch die Vorschriften, in Bezug auf bereits geschlossene Darleihensgeschäfte, von denjenigen unterscheide, welche für erst in der Zukunft einzugehende derley Contracte festgesetzt wurden.

3) Wenn in einem vor Kundmachung des Finanzpatentes geschlossenen Darleihensvertrage die Rückzahlung in klingender Münze überhaupt bedungen worden ist, so ist die Rückzahlung nicht in klingender Münze, sondern in Wiener-Courant nach dem vollen Nennwerthe, sohin in Einlösscheinen zu leisten [1]), weil durch das gedachte Finanzpatent die Einlösscheine der klingenden Münze ganz gleichgestellt worden sind. Der Verpflichtung in klingender Münze ist aber vermög Hofkammer-Decretes vom 13. November 1812 [2]) die Verpflichtung auf Gold- oder Silber-Münze, wenn sie nicht auf eine bestimmte Münzsorte lautet, gleichzuhalten. — Ja selbst eine auf Ducaten oder Thaler lautende Verpflichtung, die nicht durch die bestimmte Benennung des Gepräges bezeichnet ist, ist nur einer Verpflichtung auf klingende Münze gleich zu halten [3]). Das Gesagte gilt auch für

1) §. 15 des Patentes.
2) J. G. S. N. 262.
3) Hofdec. vom 27. März 1813.; J. G. S. Nr. 1035.

den Fall, als das Darleihen in klingender Münze gegeben, und über die Art und Weise der Zurückzahlung nichts besonders festgesetzt worden ist.

4) Ein Darleihen, welches in Papiergelde gegeben wurde, ist auch in Papiergelde wieder zurückzuzahlen. — Da aber vermög §. 8 des Finanzpatentes die B. Z. vom 15. März 1811 an auf den fünften Theil ihres Nennwerthes reducirt und vom 1. Februar 1812 an ganz außer Curs gesetzt worden sind, und die an die Stelle derselben gesetzten Einlösungsscheine, denen in der Folge die Anticipationsscheine gleichgestellet wurden, in Vergleichung mit den B. Z. den fünffachen Nominalwerth schon vom 15. März 1811 an erlangt hatten, so entstand nothwendig die Frage, wie ein in B. Z. gegebenes Darleihen in der neuen Valuta der C. S. zurückzuzahlen sey? Die Gesetzgebung ging bey Beantwortung dieser Frage von dem Grundsatze aus, daß die Zurückzahlung nach dem Werthe zu leisten sey, den das Papiergeld zur Zeit der Zuzählung im Curse hatte, weil es nur dann wahr ist, daß der Darleiher nicht weniger zurückerhalte, als er gegeben hat, und der Anleiher nicht mehr zurückzahle, als er empfangen hat. In Folge dieses aufgestellten Grundsatzes wurde nun zwischen jenen Schulden, welche schon vor dem Jahre 1799 entstanden, und jenen, welche erst nach der Hand und zwar bis zum letzten September 1810, dann jenen, die erst nach diesem Zeitpuncte contrahirt worden sind, ein Unterschied festgesetzt. Da nähmlich vor dem Jahre 1799 die B. Z. dem Conventionsgelde im Curse nach gleichgestellt waren, so ordnete der §. 12 des Finanzpatentes ganz dem obigen Grundsatze gemäß an, daß die aus einem vor diesem Jahre geschlossenen Contracte entspringende Zahlung in dem vollen Betrage in Wiener-Courant, also in Einlösscheinen, geleistet werden müsse.

5) In gleichmäßiger Uebereinstimmung mit dem obigen Grundsatze verordnet der §. 13 dieses Patentes, daß, wenn ein Contract im Jahre 1799 oder später bis zum letzten September 1810 errichtet worden ist, die Zahlung nach dem zur Zeit des ursprünglichen Darleihens oder sonstigen Contractes bestandenen Curse zu berechnen, und der dießfällige Betrag in Einlösungs-

scheinen zu entrichten sey. Welcher Curs des Papiergeldes in den verschiedenen Zeiten zwischen dem 1. Jänner 1799 und dem 1. October 1810 gewesen sey, ließe sich zwar aus den von Tag zu Tag erschienenen Börsezetteln ersehen; allein da einerseits das Aufsuchen der Börsezettel mit einigen Schwierigkeiten verbunden ist, andererseits aber der Curs in einem Monathe zu sehr gewechselt hat, so ist aus den verschiedenen Cursen eines jeden Monaths der Mittelcurs gezogen, und dieser als derjenige angenommen worden, den das Papiergeld den ganzen Monath hindurch gehabt hat. — Es wurde daher dem Finanzpatente eine Scala angehängt, welche ausweiset, nach welchem Curse die Zahlungen zu leisten seyn [1]).

6) Aus dieser Scala ist zugleich zu ersehen, daß der Curs der B. Z. vom 1. October 1810 an bis 14. März 1811 nicht höher als 500 stand, mithin die B. Z. schon damahls dem Curse nach auf das Fünftel ihres Nennwerthes herabgesetzt waren, auf welches sie durch das Finanzpatent herabgesetzt wurden; aus diesem Grunde verordnet der §. 14 des Finanzpatentes, daß Zahlungen, welche sich auf Verpflichtungen gründen, die in dem Zeitraume vom 1. October 1810 an bis 14. März 1811 eingegangen worden sind, nach dem Curse zu 500 zu berechnen, und in diesem Betrage in Einlösungsscheinen oder fünffach in B. Z. zu leisten seyn, so, daß wenn im December 1810 ein Schuldschein auf 1000 fl. ausgestellt worden wäre, derselbe mit 200 fl. in E. S. zu bezahlen war.

7) Zahlungen, die bis 14. März 1811 fällig waren, und damahls nicht in klingender Münze, sondern in B. Z. nach ihrem vollen Nennwerthe zu erheben gewesen wären, konnten vermög der Vorschrift des Finanzpatentes §. 17 auch nachher nicht anders, als in B. Z. angesprochen, und mußten hierbey die B. Z. nach ihrem vollen Nennwerthe angenommen werden. Allein diese Vorschrift ist durch das Hofkammer-Decret vom 13. November 1811, Nr. 962, §. 1 dahin beschränkt worden, daß sie nur dann Statt habe, wenn der Gläubiger die ihm vor

1) Diese Scala ist am Ende dieses Hauptstückes abgedruckt.

dem 15. März 1811 angebothene Zahlung anzunehmen aus unstatthaften Gründen sich geweigert, oder dieselbe wegen eines anderen von seiner Seite eingetretenen Hindernisses nicht in Empfang genommen hat, daß aber in anderen Fällen, und besonders dann, wenn der Schuldner aus Saumseligkeit die Schuld zu tilgen unterlassen, wenn er die Zahlung gar nicht oder zur Unzeit angebothen, oder wegen eines Rechtsstreites, der gegen ihn entschieden worden, verweigert hat, die Zahlung nach den in den §§. 12 und 13 des Finanzpatentes enthaltenen Vorschriften zu leisten sey.

8) Was die für die Zukunft, d. i. nach Kundmachung des Finanzpatentes abzuschließenden Darleihensgeschäfte betrifft, so wurde angeordnet, daß vom 15. März 1811 an alle Contracte zwischen österreichischen Unterthanen, in so fern sie sich nicht etwa auf das Ausland beziehen, in Wiener-Währung abgeschlossen werden müssen, und daß jeder seit diesem Zeitpuncte auf eine andere Art eingegangene Contract für ungültig erklärt werde. — Nur wurde gestattet, daß, in so fern Darleihen in einer besonderen Münzsorte gemacht werden, die Rückzahlung in eben dieser Münzsorte geleistet werden dürfe. Auch wurde erlaubt, daß man sich bey einem in Wiener-Währung (Einlösungsscheinen) gegebenen Darleihen, dessen Betrag in bestimmten Münzsorten nach dem zur Zeit desselben bestehenden Curse berechnet wird, die Zahlung in diesen bestimmten Münzsorten bedingen dürfe; daß es sich jedoch von selbst verstehe, daß dabey von den Parteyen redlich und unverstellt zu Werke gegangen werde, widrigens das Scheingeschäft nach jenen Vorschriften zu beurtheilen kommen würde, nach denen es seiner wahren Beschaffenheit nach beurtheilet werden muß (§. 916 des b. G. B.), oder es würde auch nach Umständen die Strafe des Wuchers eintreten [1]). Durch das Patent vom 1. Juny 1816 [2]) wurden aber in der Absicht, die Regelmäßigkeit in dem zerrütteten Geldwesen wieder herzustellen, neuerliche Anordnungen getroffen,

1) Hofdecret vom 24. April 1816; J. G. S. Nr. 1233.
2) J. G. S. Nr. 1248.

und im §. 3 desselben angeordnet, daß es von nun an gestattet sey, in schriftlichen Urkunden Verträge auf conventionsmäßige und andere gesetzliche Gold- und Silbermünzen oder Papiergeld abzuschließen. — Um nun aber Mißdeutungen zu begegnen, als ob es erforderlich wäre, zur Sicherheit der Stipulationen die Münz-Species in den schriftlichen Verträgen auszudrücken, haben Se. Majestät zu erklären befunden: daß die seit der Bekanntmachung des oben angeführten Patentes in schriftlichen Urkunden abgeschlossenen oder abzuschließenden Verträge, wenn sie auch ohne Benennung einer Münzsorte, nur im Allgemeinen auf Conventions-Münze oder auf gesetzliche Gold- und Silbermünze lauten, in den gesetzmäßig umlaufenden Gold- und Silbermünzen erfüllet werden müssen [1]). Durch weiteres Hofkanzleydecret vom 20., und Justiz-Hofdecret vom 25. October 1817 [2]) wurde aber eröffnet, daß Se. Majestät die hier angeführte höchste Bestimmung vom Tage der von der Hofkanzley durch den Druck zu erfolgenden Kundmachung auch auf mündliche Verträge und Verabredungen nach Maß des gemeinschaftlichen Einverständnisses der Parteyen auszudehnen geruht haben, und daß sich bey Vollziehung der von nun an geschlossenen Verträge und Verabredungen nunmehr allein nach den Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches zu benehmen sey. Nur habe in den Fällen, in welchen das Uebereinkommen auf Geldsummen überhaupt, ohne nähere Bestimmung der Valuta gerichtet ist, die gesetzliche Vermuthung stets für die Wiener-Währung einzutreten. — Da von einem Fiscalamte die Behauptung aufgestellt wurde, daß die rechtliche Wirksamkeit der auf die Privatverhältnisse in Geldangelegenheiten sich beziehenden §§. 9 und 12 des Finanzpatentes vom 20. Februar 1811, durch den §. 3 des späteren Finanzpatentes vom 1. Juny 1816, und durch die in Folge höchster Entschließung erflossenen beyden Justiz-Hofdecrete vom 28. Februar und 20. October 1817, aufgehoben worden sey, daß daher die in älteren Zeiten in schwerer

1) Hofdecret vom 28. Februar 1817; J. G. S. Nr. 1322.
2) J. G. S. Nr. 1382.

Münze dargeliehenen oder scalamäßig berechneten Capitalien nicht mehr nach den Bestimmungen des Finanzpatentes vom Jahre 1811 bloß in Einlösungsscheinen gezahlt werden können, sondern nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen in Metallmünze zu zahlen seyn: so wurde durch Hofkanzleydecret vom 28. December 1820 [1]) diese Ansicht für irrig erklärt, und darauf hingewiesen, daß diese letztern Verordnungen nach ihrem ausdrücklichen Inhalte erst vom Tage der Kundmachung in rechtliche Wirkung getreten seyn; woraus von selbst folge, daß für die vergangenen Fälle die §§. 9 und 12 des Finanzpatentes vom Jahre 1811 noch immer zur Richtschnur zu dienen haben.

9) Die hier aufgeführten Bestimmungen sind eigentlich nur für jene Provinzen des österreichischen Kaiserstaates anwendbar, welche zur Zeit der Erscheinung des Finanzpatentes vom Jahre 1811 diesem Kaiserstaate einverleibt waren. — In dem mit dem Königreiche Gallizien wieder vereinigten Bezirke von Podgorze wurde das österreichische Papiergeld der Einlösungs- und Anticipations-Scheine, sammt den denselben entsprechenden Kupfermünzen mittelst Patentes vom 7. December 1815 [2]), vom 1. Jänner 1816 an in Umlauf gesetzt, und zugleich, den §. 6 ausgenommen, die mit den hier aufgeführten Finanzgesetzen übereinstimmenden Anordnungen über die auf Geldzahlung sich beziehenden Rechte und Verbindlichkeiten bekannt gemacht. Der §. 6 enthält aber Folgendes: „Bey Schuldverschreibungen hingegen oder Contracten, welche vor dem 6. Juny 1810 entstanden, bestimmt das Edict der ehemahligen Warschauer Regierung vom 7. December 1809 die Art der zu leistenden Zahlung, wornach sich auch ferner zu achten, und in Geschäften, welche in der Periode vom 6. Juny 1810 bis 1. Jänner 1816 geschlossen worden sind, ist sich nach den während dieser Zeitperiode bestandenen Gesetzen zu richten." — In den Bezirken des Zloczower-, Brzezaner-, Tarnopoler- und Zaleszczyker-Kreises wurden die Einlösungs- und Anticipations-Scheine mit den denselben

1) Pol. G. S., 48. Bd., S. 491.
2) Pol. G. S., 43. Bd., S. 375.

entsprechenden Kupfermünzen durch das Circular des gallizischen Guberniums vom 3. October 1815 schon vom 1. November 1815 an in Umlauf gesetzt. Ueber die auf Geldzahlungen sich beziehenden Rechte und Verbindlichkeiten wurden auch hier mit den, in dem übrigen Gallizien geltenden, gleiche Anordnungen getroffen; nur bestimmt der §. 8 für die Periode, als dieser Theil Galliziens unter kais. russischer Regierung stand, Folgendes: „In Betreff der Rechtsgeschäfte, woraus Zahlungsverpflichtungen entstehen, und die in der Periode vom 15. Juny 1810 bis 31. October 1815 abgeschlossen wurden, ist sich nach den während dieses Zeitraums bestandenen Gesetzen zu richten. — Dasselbe gilt auch von den vom 1. November 1815 bis zum Tage der Kundmachung gegenwärtigen Patentes eingegangenen Zahlungsverpflichtungen, und nur dann, wenn die Geldwährung, auf welche abgeschlossen wurde, nicht gesetzlich dargethan werden kann, ist die Zahlung in Wiener-Währung zu leisten und anzunehmen [1])." Durch die im Jahre 1809 erfolgte Abtretung Illyriens an Frankreich, und die Reoccupirung dieses Landes durch die siegreichen Waffen Sr. Majestät im Jahre 1813 hat sich ein wiederhohlter Wechsel im Umlauf des Papier- und Metallgeldes als gesetzlichen Zahlungsmittels ergeben, durch den auch in den Privatverhältnissen Irrungen und Streitigkeiten herbeygeführt worden sind. Ueber eine hierüber gemachte Anfrage: in welcher Art die aus Verträgen oder anderen wie immer gearteten Rechtsgeschäften entstandenen Forderungen alt-österreichischer Unterthanen an die Bewohner der mit der österreichischen Monarchie wieder vereinigten illyrischen Provinzen zu berichtigen seyn? — haben Se. Majestät nachstehende allerhöchste Entschließung zu erlassen geruhet: Alle vor dem 16. November 1810 zwischen alt-österreichischen Unterthanen und den Bewohnern Illyriens zu Stande gekommenen Rechtsgeschäfte sind nach dem französischen Decrete vom 16. November 1810, die seitdem

1) Patent vom 15. Februar 1816. J. G. S. Nr. 1210. Dieses Patent hatte vermög Kundmachung des gallizischen Landes-Guberniums (P. G. S., 44. B., S. 16) am 1. April 1816 in Wirksamkeit zu treten. (Siehe Winniwarters Handbuch, 1. B., S. 13 — 15.

aber abgeschlossenen Geschäfte dieser Art nach den allgemeinen bürgerlichen Gesetzen zu beurtheilen und zu entscheiden [1]). Im Innviertel und dem abgetretenen Theile des Hausruckviertels hat die damahls von Seite der kais. französ. Regierung für diese Ländertheile aufgestellte provisorische Landes-Commission eine besondere, die Art und Weise solcher Zahlungen regulirende Verordnung erlassen, welche in den wesentlichen Grundzügen mit dem Finanzpatente vom Jahre 1811, in so weit es die Zahlungen bereits bestandener Schulden betrifft, übereinstimmet. Diese Verordnung hat zwar von einer gesetzgebenden Gewalt nie eine ordentliche Sanction erhalten, ist jedoch immer bey entstandenen Rechtsstreiten von den Gerichtshöfen zur Grundlage genommen worden.

10) Insbesonders hat der gegenwärtige §. auf das lombardisch-venetianische Königreich keinen Bezug. Am 1. November 1823 [2]) wurde für dieses Königreich ein eigenes Münzpatent erlassen, worin die Münzsorten angegeben wurden, welche als eigentliche gesetzliche Landesmünze gelten sollen. Außer diesen eigentliche gesetzlichen Landesmünzen wurde noch einigen, in dem diesem Patente angehängten Tariffe ausdrücklich aufgeführten Münzgattungen nach den in demselben ausgedrückten Werthsbestimmungen der gesetzliche Umlauf gestattet, mit dem Vorbehalte jedoch, in dieser Anordnung diejenigen Aenderungen eintreten zu lassen, welche die Umstände erheischen werden. — Die in diesem Tariffe nicht ausdrücklich genannten, ferner die durch Beschneidung, Durchlöcherung oder Unkenntlichmachung des Gepräges verunstalteten Gold- und Silbermünzen, endlich die nach den Bestimmungen des Tariffes nicht mit dem gesetzlichen Gewichte versehenen Goldmünzen sind von dem gesetzlichen Umlaufe und von der Annahme bey den öffentlichen Cassen ausgeschlossen. Es bleibt indessen dem Uebereinkommen der Privaten überlassen, auch die von dem gesetzlichen Umlaufe ausgeschlossenen Münzen zu Zahlungen zu verwenden, und besondere Bestimmungen in Ansehung des Werthes der in dem Tariffe aufgeführten Münzen zu verab-

1) Hofkanzleydecret vom 6. Juny 1816; J. G. S. Nr. 1252.
2) P. G. S., 51. Bd., S. 222.

reden. Vom Tage der Bekanntmachung des gegenwärtigen Patentes hatte sich die Staatsverwaltung ausschließend der durch dasselbe eingeführten neuen Währung zu bedienen, den Privaten aber blieb es unbenommen, in ihren Verträgen die neue Währung, oder eine der früher bestandenen gesetzlichen Währungen auszudrücken. Wo jedoch keine bestimmte Währung benannt ist, tritt in Ansehung der Verträge, welche, von der Bekanntmachung dieses Patentes anzufangen, geschlossen worden oder werden, die gesetzliche Vermuthung für die neu eingeführte Währung ein, wenn nicht durch rechtskräftige Beweise die Absicht, sich einer andern Währung zu bedienen, dargethan werden kann. Wenn in Verträgen zwischen Privaten eine bestimmte Münzsorte ausgedrückt ist, welche sich zur Zeit der Zahlung nicht mehr im Umlaufe befindet, so ist sich nach dem §. 989 des b. G. B. zu benehmen.

§. 987.

Wenn ein Darleiher sich die Zahlung in der besondern, von ihm gegebenen, Münzsorte bedungen hat; so muß die Zahlung in eben dieser Münzsorte geleistet werden.

1) Unter einer bestimmten Münzsorte ist die unterste, schon die gegebenen einzelnen Stücke ausdrückende Münzart (genus infimum) zu verstehen, wie durch die bey Erläuterung des vorigen §. angeführten, vom Gesetze selbst gegebenen Beyspiele deutlich angezeigt ist. Die Angabe einer höheren, zu der ersteren als ein Gattungsbegriff sich verhaltenden Münzart ist also, wie v. Zeiller bemerkt, für keine bestimmte Münzsorte zu halten. Z. B. die Ausdrücke: Gold- oder Silbermünze, oder Conventions-Geld. Es ist jedoch bereits §. 986 Nr. 8 vorgekommen, in wie fern nunmehr auch eine Zahlung in dieser allgemeinen Münzgattung bedungen werden könne.

2) Der gegenwärtige §. sowohl, als das Patent fordert, daß das Darleihen in jener bestimmten Münzsorte, worin die Zahlung bedungen wird, auch richtig gegeben worden sey. — Allein da durch das Patent vom 1. Juny 1816 die Bestimmung des

Finanzpatentes vom Jahre 1811, daß die Einlösscheine die Stelle der Conventionsmünze vertreten sollen, aufgehoben worden, und der §. 993 sogar einen Darleihensvertrag aufrecht erhält, worin sich der Darleiher in Ansehung der Gattung, Güte oder Menge mehr bedungen, als er gegeben hat, wenn nur dabey die erlaubten Vertragszinsen nicht überschritten werden; so kann auch der Vertrag nicht ungültig erklärt werden, worin sich der Darleiher die Zahlung in einer anderen Münzsorte bedingt, als er gegeben hat, wenn nur dabey das im §. 993 bestimmte Maß nicht überschritten wird. — So wird z. B. derjenige, welcher ein Darleihen in Zwanzigern aufzählet, sich die Rückzahlung in Thalern gültig bedingen können. — Nur glaube ich, daß für diesen Fall der folgende §. nicht von Anwendung sey, weil dieser ausdrücklich von einer bestimmten, gegebenen Münzsorte spricht. — Dieses scheint auch in der Natur der Sache gegründet. — Setzen wir z. B. den Fall: A habe dem B Ein tausend Gulden in Zwanzigern als Darleihen übergeben, und sich dabey bedungen, daß letzterer diese 1000 fl. in Kronthalern zurückzahle. — In der Zwischenzeit werde aber der Kronthaler, der gesetzlich 2 fl. 12 kr. gilt, wieder auf seinen alten Preis zu 2 fl. 16 kr. erhöht. — Der B ist daher hier offenbar berechtiget, bey der Rückzahlung den Kronthaler zu 2 fl. 16 kr. in Anrechnung zu bringen. — Er hat ihm also weniger Stück Kronthaler zurück zu zahlen, als dieses nach der Bestimmung des folgenden §. der Fall gewesen seyn würde, wenn das Geld in Kronthalern zugezählet worden wäre; indem in diesem Falle auf die Erhöhung des Preises des Kronthalers keine Rücksicht hätte genommen werden können. — Hätte nähmlich der A dem B das Darleihen in Kronthalern zugezählt, so hätte er hierzu 454 Thaler nöthig gehabt, und der B hätte ihm ohne Rücksicht, daß in der Zwischenzeit der äußere Werth der Kronthaler erhöht worden ist, diese 454 Thaler wieder restituiren müssen. Da aber das Darleihen in Zwanzigern gegeben, und die Rückzahlung nur in Kronthalern bedungen wurde, so muß der Darleiher den Kronthaler zu 2 fl. 16 kr. annehmen, und es bedarf daher der B in diesem Falle zur Zurückzahlung des Darleihens nur 441

Stück Thaler. Wäre aber der äußere Werth des Kronthalers in der Zwischenzeit noch mehr erniedriget worden, so bedarf der Entlehner bey der Rückzahlung mehrere Kronthaler, als er nöthig gehabt hätte, wenn er das Darleihen wirklich in Kronthalern erhalten hätte; und es entsteht daher die Frage, ob er hierzu verpflichtet sey? — Diese Frage muß allerdings bejahend beantwortet werden; denn zur Zeit des gegebenen Darleihens war, was vorausgesetzt wird, nicht bekannt, daß diese Münzveränderung vor sich gehe, und es konnte daher die Bedingung der Zurückzahlung des Darleihens in der bestimmten Münzsorte um so mehr rechtsgültig beygerückt werden, als diese auch dem Anleiher zu Nutzen kommen kann, wie bereits vorne gezeigt worden ist. Wäre es aber schon zur Zeit des Darleihens bekannt, daß der Kronthaler herabgesetzt werde, dann wäre dieser Fall nach §. 900 zu beurtheilen.

3) Es steht übrigens auch kein Hinderniß entgegen, daß die Parteyen ausdrücklich bedingen, daß bey der Rückzahlung des Darleihens in der bestimmten Münzsorte der zur Zeit des Darleihens bestandene äußere Werth der Münze zur Grundlage genommen werde; vorausgesetzt, daß auch im gemeinen Verkehre für die bestimmte Gattung Münze kein Agio entrichtet wird. Denn für diesen Fall ist es dem Anleiher einerley, ob er das Darleihen in dieser oder jener Münz-Gattung erhalte. — In diesem Falle vertritt die eine Gattung Münze vollkommen die Stelle der anderen. — Die Wahrheit dieser Behauptung wird durch das bey §. 986 Nr. 8 citirte Hofdecret vom 24. April 1816 bestätiget, vermög welchem man sich auch bey einem in Einlösscheinen gegebenen Darleihen die Zurückzahlung in einer bestimmten Münzsorte nach dem zur Zeit des Darleihens bestehenden Curse bedingen darf.

4) Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt bey Erläuterung dieses §. weiter, daß die Zahlung in der bestimmten gegebenen Münzsorte ausdrücklich bedungen werden müsse; widrigens der Gläubiger gehalten sey, sich mit der Zahlung in Papiergelde zufrieden zu geben. Diese Behauptung scheint auch durch einen Schluß e contrario aus diesem §. gezogen werden zu können, wenn man denselben mit der Vorschrift des Finanzpatentes vom

Jahre 1811 zusammenhält. — Allein da durch das Patent vom 1. Juny 1816 die Einlösscheine aufgehört haben, die Stelle der Conventionsmünze zu vertreten; so versteht es sich wohl von selbst, daß sich gegenwärtig der Gläubiger, wenn er das Darleihen in Silbergelde zugezählt hat, nicht mehr mit Einlösscheinen nach ihrem Nennwerthe zufrieden stellen müsse, sondern die Rückzahlung gleichfalls wieder in Conventionsmünze begehren könne. — Nur so viel bleibt auch gegenwärtig richtig, daß in diesem Falle die Rückzahlung in was immer für cursirenden Gold- und Silbermünzen, die im gemeinen Verkehre die Stelle der anderen vollkommen vertreten, geleistet werden könne.

5) In Betreff des Ortes und der Zeit der Zurückzahlung ist sich im Allgemeinen nach §. 904 zu benehmen. — Hat daher Jemand ohne Bestimmung einer Zeit der Zurückzahlung einem Andern ein Darleihen unverzinslich gegeben, so kann er sowohl nach dem citirten §. 904, als auch nach der Analogie des §. 974, das gegebene Darleihen nach Willkühr zurück fordern, und der Anleiher ist schuldig, ihm dasselbe ohne unnöthigen Aufschub zu erstatten. — Hat sich der Darleiher mehr bedungen, als er gegeben hat, so hat er dadurch die Frist zur Zurückzahlung in der Art stillschweigend bestimmt, daß der Entlehner das Darleihen nicht früher zurückzuzahlen verpflichtet seyn soll, bis der zurückzuzahlende Mehrbetrag nicht den Betrag der erlaubten Vertragszinsen erreicht. Hat sich Jemand Zinsen für das gegebene Darleihen bedungen, ohne einen Zahlungstermin zu bestimmen, so ist der Darleihensvertrag mehr dem Bestandvertrage als dem Leihvertrage ähnlich, indem er sich von ersterem nur in dem Puncte unterscheidet, daß die Zinsen hier für die Benützung einer verbrauchbaren, und bey dem Bestandvertrage für die einer unverbrauchbaren Sache gegeben werden; daher wird hier wenigstens eine vier und zwanzigstündige Aufkündigung vorher gehen müssen (§. 1116).

§. 988.

Gesetzliche Münzveränderungen ohne Veränderung des inneren Gehaltes gehen auf Rechnung des

Darleihers. Er empfängt die Zahlung in der bestimmten, gegebenen Münzsorte, z. B. von 1000 Stücken kaiserlichen Ducaten, oder 3000 Zwanzig-Kreuzer Stücken ohne Rücksicht, ob deren äußerer Werth in der Zwischenzeit erhöht oder vermindert worden ist. Wird aber der innere Werth geändert; so ist die Zahlung im Verhältniß zu dem inneren Werthe, den die gegebene Münzsorte zur Zeit des Darleihens hatte, zu leisten.

1) Es ist eine nach dem römischen Rechte sehr streitige Frage, wie ein Gelddarleihen, im Falle einer erfolgten Münzveränderung, rückzuzahlen sey? — Das österreichische Gesetzbuch beantwortet diese Frage durch den gegenwärtigen §. auf eine Art, welche gewiß den Beyfall jedes Rechtskundigen erhalten muß. Es gehet hier ganz von der Natur des Darleihens aus, woraus sich ergibt, daß der Schuldner dasjenige, was er empfangen hat, durch eben so viel, von eben der Art und Güte, als er erhalten, dem Gläubiger wieder erstatten muß.

2) Gesetzliche Münzveränderungen können nun auf zweyfache Weise vor sich gehen: Es kann nähmlich a) der Nennwerth der einzelnen Münzsorten geändert, somit entweder vermehret oder vermindert, oder b) es kann der innere Gehalt derselben erhöhet oder verringert werden. — Der erstere Fall tritt z. B. ein, wenn der Ducaten, der früher 4 fl. 30 kr. gesetzlich galt, nun einen gesetzlichen Werth von 4 fl. 20 kr. oder von 4 fl. 40 kr. erhält. — Im ersten Falle geht, nach der Aussage des gegenwärtigen §., die gesetzliche Münzveränderung auf Rechnung des Darleihers, d. i. der Anleiher erhält die Zahlung in der bestimmten, von dem Darleiher gegebenen Münzsorte ohne Rücksicht, ob deren äußerer Werth in der Zwischenzeit erhöhet oder vermindert worden ist; er erhält also, wenn er 100 Stück Ducaten empfangen hat, wieder 100 Stück Ducaten zurück. Der Grund dieser Verordnung liegt darin, weil, wie Herr Hofrath v. Zeiller in seinem Commentare zu diesem §. ganz richtig bemerket, die Erhöhung des äußeren Werthes dem Gläubiger keinen Vortheil bringt;

da im allgemeinen Verkehre nur auf den inneren Werth gesehen wird, er also mit 100 Stück Ducaten, ungeachtet des gesetzlich erhöhten äußeren Werthes derselben, nicht mehr ausrichten kann, als er sonst hätte ausrichten können, und er vielmehr nur zu Schaden kommen würde, wenn ihm der Schuldner nun weniger solche Stücke zurückgeben dürfte, weil er mit selben weniger, als mit der geliehenen Zahl der Stücke, ausrichten könnte. — Aus dem gleichen Grunde erleidet der Gläubiger keinen Nachtheil, wenn er in dem Falle, als der äußere Werth der Stücke herabgesetzt wurde, die nähmliche Zahl der Stücke, die er gegeben hat, zurück erhält; indem er den nähmlichen inneren Werth empfängt, der bey dem allgemeinen Waarenpreise das Hauptaugenmerk ausmacht.

3) Ganz anders verhält sich die Sache, wenn der innere Gehalt der Münze geändert, also der Ducaten schwerer oder geringer, als vorher ausgeprägt, oder bey der Ausprägung mehr oder weniger fremdartige Materie dem Golde beygemischt wird; denn, wenn in diesem Falle die Zahlung in der bestimmten gegebenen Münzsorte, das ist, mit eben so vielen Münzstücken, als zugezählet worden sind, geleistet würde; so würde der Darleiher nicht eben so viel von derselben Gattung und Güte, als er gegeben hat, sondern bey verbessertem inneren Gehalte mehr, und bey verschlimmerten weniger zurück erhalten, was der Definition eines Darleihensvertrages widerstreitet. Für diesen Fall verordnet daher das Gesetz, daß die Zahlung im Verhältnisse zu dem inneren Werthe, den die gegebene Münzsorte zur Zeit des Darleihens hatte, zu leisten sey. Setzen wir, fügt v. Scheidlein zur anschaulichen Erläuterung dieser Anordnung hinzu, der innere Werth eines Ducatens würde dem Gewichte oder der Materie nach um 30 kr. verbessert, so würde der Darleiher einer Summe von 100 Stück Ducaten, wenn er eben so viele Stücke zurück erhalte, um 50 fl. mehr, und im Falle einer Verschlechterung von 30 kr., um 50 fl. weniger zurück erhalten, als er gegeben hat; damit er also wirklich so viel zurück bekomme, als er gegeben hat, müßte er dem Anleiher 50 fl. ersetzen, so wie dieser im zweyten Falle dem Darleiher 50 fl. darauf zahlen müßte.

4) Das, was das Gesetz hier für den Fall angeordnet hat, wenn eine Veränderung in dem inneren Werthe vorgeht, ist vollkommen auch für den Fall anwendbar, wenn in dem inneren und äußeren Werthe der Münzen zugleich eine gesetzliche Veränderung vorgeht; denn die Veränderung des äußeren Werthes hat durchaus auf die Art der Zurückzahlung keinen reellen Einfluß; immer hat der Gläubiger dasjenige seinem inneren Werthe nach zurück zu erhalten, was er an solchem gegeben hat.

5) Es kann hier auch die Frage aufgeworfen werden, ob gegenwärtige gesetzliche Anordnung auch für den Fall gelte, als die Parteyen bey Errichtung des Contractes etwas Bestimmtes über diesen Punct festgesetzt haben? — Diese Frage scheint wohl im Allgemeinen bejahend beantwortet werden zu müssen; denn was die Parteyen vertragsmäßig unter sich festgesetzt haben, ist für sie verbindlich, außer es könnte gezeigt werden, daß entweder von Seite der persönlichen Fähigkeit der Parteyen diesem Uebereinkommen ein Hinderniß entgegenstehe, oder daß ihre wahre Einwilligung hierzu nicht vorhanden, oder daß die zugesicherte Leistung physisch oder rechtlich unmöglich sey. Da die persönliche Fähigkeit der Contrahenten und ihre wahre Einwilligung hier vorausgesetzt wird, so kann nur das letzte Hinderniß hier zur Sprache kommen. — Eine physische Unmöglichkeit würde eintreten, wenn die Münzsorten, in welchen die Zahlung bedungen worden ist, zur Zeit der Zahlung nicht im Umlaufe wären; von diesem Falle handelt aber der folgende §. Eine rechtliche Unmöglichkeit wäre aber nur in so ferne vorhanden, als dadurch das Wuchergesetz übertreten würde; man kann daher sagen, daß das Uebereinkommen der Parteyen in so weit gelte, und der gegenwärtigen Anordnung derogire, als dasselbe nicht gegen die Wuchergesetze verstößt.

6) Der §. redet hier übrigens nur von einer gesetzlichen Münzveränderung. — Andere Veränderungen, welche in dem Werthe der Münzen vorgehen, gehen gleichfalls alle auf Rechnung des Darleihers, d. i. er muß die Zahlung in der bestimmten, gegebenen Münzsorte annehmen, und hat auch das Recht, die Zahlung in dieser Münzsorte zu fordern, z. B. er hätte das Darleihen in Ducaten gegeben, so ist er verbunden, die Zahlung

in gleichen Ducaten anzunehmen, wenn sich der Werth des Goldes im Verhältnisse zu dem des Silbers um ein Bedeutendes verringert hätte; eben so ist er berechtigt, das in Zwanzigern gegebene Darleihen gleichfalls in dieser Münzsorte zu begehren, wenn sich auch der Werth des Silbers in der Zwischenzeit über den Werth des Goldes erhöhet hätte.

§. 989.

Sind zur Zeit der Rückzahlung dergleichen Münzsorten im Staate nicht im Umlaufe; so muß der Schuldner den Gläubiger mit zunächst ähnlichen Geldstücken in solcher Zahl und Art befriedigen, daß derselbe den zur Zeit des Darleihens bestandenen innern Werth dessen, was er gegeben hat, erhalte.

Sobald eine bisher im Staate im Umlaufe gestandene in- oder ausländische Münze verrufen wird, ist sie im Lande kein Geld, keine Münze mehr, worin die Zahlung geleistet werden soll. — Da aber die Verbindlichkeit so viel als möglich genau erfüllt werden muß (§§. 902 u. 1414), so bleibt nichts übrig, als daß die Zahlung in einer solchen Art geschehe, welche ein zunächst stellvertretendes Mittel ist, die aus der bedungenen Zahlungsart hervorleuchtende Absicht zu erreichen; und da die Hauptabsicht des Darleihers bey Bedingung der Münzart ist, daß er den nähmlichen *inneren Capitalswerth* wieder empfange, den er gegeben hat, so ist auch der Grund der am Schlusse des gegenwärtigen §. vorkommenden Anordnung vollkommen erklärbar.

§. 990.

b) In Schuldscheinen.

In öffentlichen Schuldscheinen können Darleihen in der Art gültig geschlossen werden, daß die Tilgung der Schuld entweder mit einem durchaus gleichen öffentlichen Schuldscheine, wie der

dargeliehene war, geleistet, oder der Betrag nach dem Werthe, welchen der Schuldschein zur Zeit des Darleihens hatte, zurückgezahlt werde.

1) Um den Sinn des gegenwärtigen §. gehörig zu entwickeln, muß auf das Wuchergesetz vom 2. December 1803, und auf das Hofdecret vom 20. May 1808 zurück gegangen werden. Das erstere verordnet §. 3: „An Capital soll dem Anleiher der vollständige Betrag, welchen er als Schuld an Capital zurückzuzahlen verspricht, in barem Gelde oder öffentlichen Obligationen gegeben werden. Dem Darleiher steht frey, sich die Zahlung in barem Gelde oder in öffentlichen Obligationen zu bedingen, doch ist der Werth der letzteren bey dem Darleihen nach dem zur Zeit des Darleihens bestandenen, und bey der Zurückzahlung nach dem zu dieser Zeit bestehenden Börsecurse zu berechnen."

Aus Veranlassung mehrerer über diesen §. des Wucherpatentes vorgekommenen Anfragen: ob Darleihen, welche in öffentlichen Obligationen unter der Bedingung gegeben werden, daß dieselben wieder in eben solchen Obligationen zurückgezahlt werden sollen, als ein erlaubtes, oder als ein wucherliches Geschäft zu betrachten sey, wurde durch Hofdecret vom 20. May 1808, J. G. S. Nr. 842 folgende den erwähnten §. des W. P. abändernde Bestimmung zur allgemeinen Nachachtung kund gemacht:

„a) Bey Darleihen, welche in verzinslichen öffentlichen Obligationen gegeben werden, soll es dem wechselseitigen Einverständnisse der Parteyen überlassen bleiben, die Zurückzahlung entweder nach dem börsemäßigen Geldwerthe, in welchem sie am Tage des Darleihens standen, oder wieder in gleichen, verzinslichen, öffentlichen Obligationen zu bedingen. b) In jenen Fällen, wo bey solchen in verzinslichen öffentlichen Obligationen geleisteten Darleihen nicht zwischen den Parteyen bestimmt ausbedungen ist, wie die Zurückzahlung zu geschehen habe, soll der Schuldner dieselbe nur in gleichen, öffentlichen, verzinslichen Obligationen, als er empfangen hat, zu leisten verbunden seyn. c) Unver-

zinsliche öffentliche Obligationen sind von der Anwendbarkeit zu verzinslichen Darleihen gänzlich ausgeschlossen."

2) Der §. 3 des Wucherpatentes enthält zwey Rechtssätze. Der erste stimmt mit der allgemein angenommenen Definition des Darleihensvertrages überein, vermög welchem der Anleiher sich verbindlich macht, die verbrauchbaren Sachen, die er empfangen hat, seiner Zeit in der nähmlichen Menge, Gattung und Güte zurückzustellen. — Der zweyte dagegen scheint mit dieser Definition nicht mehr durchgehends in Harmonie zu stehen; denn, da der Gesetzgeber bewilliget hat, daß Darleihen auch in öffentlichen Fondsobligationen gegeben werden dürfen, hat er offenbar diese Obligationen, wenigstens in Bezug auf das Darleihensgeschäft, den verbrauchbaren Sachen gleichgestellt, und es muß daher von ihnen das nähmliche gelten, was über die Art und Weise der Zurückstellung der dargeliehenen verbrauchbaren Sachen in dem Gesetze festgesetzt ist. — Bey diesen gilt aber eben nach der Erklärung des Darleihensvertrages selbst der Grundsatz, daß der Entlehner über die dargeliehenen Sachen beliebig verfügen, aber nach Verlauf der bestimmten Zeit Sachen in gleicher Gattung, Güte und Menge zurück geben soll.

Dieser Forderung des Gesetzes wird aber vollkommen entsprochen, wenn der Entlehner, der öffentliche Schuldscheine als Darleihen erhalten hat, dasselbe nach Verlauf der Zeit in gleichen öffentlichen Schuldscheinen wieder restituiret. — Auf den Werth, den diese Obligationen zur Zeit des Darleihens oder der Zurückzahlung hatten oder haben, kann es eben so wenig ankommen, als dieses bey andern verbrauchbaren Sachen der Fall ist. Wer dem Andern Ein hundert Metzen Weitzen gegen die Verbindlichkeit überläßt, daß er ihm nach Verlauf eines Jahres eine gleiche Quantität Weitzen von der nähmlichen Güte zurückstellen soll, handelt ganz der Natur des Darleihenscontractes gemäß, und der Entlehner ist schuldig, dem Darleiher nach Verlauf dieses Jahres diese hundert Metzen von der nähmlichen Güte zurückzustellen, wenn auch der Preis des Weitzens in der Zwischenzeit sich um das Doppelte erhöht hat. — Durch die Anordnung des Wucherpatentes, daß bey der Restituirung der Werth der

öffentlichen Obligationen nach dem zur Zeit des Darleihens bestandenen, und bey der Zurückzahlung nach dem zu dieser Zeit bestehenden Börsecurse zu berechnen sey, können beyde Theile zu Schaden kommen; denn fällt der Curs der Obligationen, so muß der Schuldner mehr Obligationen zurück zahlen, als er empfangen hat, während sich der Gläubiger, wenn es ihm erlaubt gewesen wäre, einen solchen Contract einzugehen, mit weniger hätte zufrieden stellen müssen; steigt aber der Curs der Obligationen, so stellet der Schuldner weniger zurück, als er empfangen hat, und der Gläubiger leidet sohin einen Schaden, den er nicht erlitten hätte, wenn er die dargeliehenen Obligationen aufbewahret hätte. — Das Hofdecret vom 20. May 1808 steht daher, so wie die Anwendung des gegenwärtigen §., mit den Prinzipien des Darleihensvertrages in größerer Harmonie, als der §. 3 des Wucherpatentes.

3) Der gegenwärtige §. stellt es den Parteyen nur frey, sich die Rückzahlung eines in öffentlichen Schuldscheinen gegebenen Darleihens in gleichen öffentlichen Obligationen oder im baren Gelde nach dem Werthe, den diese Schuldscheine zur Zeit des Darleihens hatten, zu bedingen; er sagt also im Wesentlichen nichts anderes aus, als das Nr. 1 citirte Hofdecret vom 20. May 1808 in dem Puncte a. enthält. — In welcher Art die Zurückzahlung zu geschehen habe, wenn selbe nicht bedungen worden ist, ist weder in diesem §., noch in einer andern Stelle des Gesetzbuches entschieden worden. Es ist kein Zweifel, daß sie in der durch das Hofdecret vom 20. May 1808 vorgeschriebenen Art, d. i. in gleichen öffentlichen Obligationen, ohne Rücksicht auf den Curs, den sie zur Zeit des Darleihens hatten, und auf jenen, den sie zur Zeit der Rückzahlung haben, geleistet werden müsse. Herr Regierungsrath v. Scheidlein, welcher die nähmliche Behauptung aufstellt, unterstützt selbe mit folgenden Gründen: a) Das Hofdecret vom 20. May 1808 sey als eine politische, auf das Wuchergesetz sich beziehende Vorschrift anzusehen, und daher, da sie durch das bürgerliche Gesetzbuch nicht ausdrücklich aufgehoben wurde, noch immer als bestehend anzusehen; [und b) spreche die Analogie des §. 992, welche anord-

net, daß es bey Darleihen, die über andere verbrauchbare Gegenstände geschlossen werden, keinen Unterschied mache, wenn sie in der Zwischenzeit am Werthe gestiegen oder gefallen sind, offenbar für diese Behauptung. Meines Erachtens ist hier mehr Gewicht auf den letztern Grund zu legen, als auf den ersten; denn das Wuchergesetz hat eigentlich nur die Bedingungen, welche von den Parteyen bey Schließung eines Darleihensgeschäftes festgesetzt werden dürfen, nicht aber auch die Bestimmungen, welche außer diesem Falle zu gelten haben, zum Gegenstande. Der zweyte Absatz des Hofdecretes vom 20. May 1808 ist daher rein civilrechtlicher Natur, und daher durch das bürgerliche Gesetzbuch als aufgehoben anzusehen. Uebrigens stimmt die obige Entscheidung des berührten Falles, wo nähmlich ein Darleihen in öffentlichen Schuldscheinen gegeben worden, ohne daß die Art und Weise der Zurückzahlung ausdrücklich festgesetzt worden ist, auch mit der im §. 983 gegebenen Erklärung eines Darleihensvertrages überein, und die Anordnung des §. 992 ist lediglich eine consequente Folgerung aus dem §. 983. Ob und in wie fern von Obligationen überhaupt, und insbesondere von unverzinslichen Obligationen Zinsen gefordert werden können, wird bey Erläuterung des §. 994 vorkommen.

4) Die Frage, wie ein vor dem Finanzpatente in öffentlichen Obligationen gegebenes Darleihen zurückgezahlt werden soll, ist durch das Hofdecret vom 23. April 1813 Nr. 1039 dahin entschieden worden, daß, da durch den §. 24 des Finanzpatentes vom 20. Februar 1811 ausdrücklich erklärt wurde, daß die öffentlichen Obligationen im Capitalsbetrage nicht herabgesetzt worden, ein solches Darleihen in gleichmäßigen öffentlichen Obligationen zurückgezahlt werden könne. Aus dem Ausdrucke „kann", dessen sich dieses Hofdecret hier bedient, könnten Manche zu dem Schlusse verleitet werden, als ob es der Willkühr des Schuldners überlassen sey, die Rückzahlung auch im baren Gelde nach dem Curse zu leisten. Allein das Hofdecret gebraucht den Ausdruck „kann", wie bereits v. Scheidlein a. a. O. §. 37 bemerkt hat, nur darum, um dem aufgeworfenen Zweifel vorzubeugen, ob, da der Curs der öffentlichen Obligationen

durch die Herabsetzung auf die Hälfte sehr verschlimmert worden ist, dennoch auch fernerhin die Zurückzahlung in gleichen Obligationen geleistet werden könne, oder nicht etwa nach dem Curse geleistet werden müsse, den sie zur Zeit der Zuzählung gehabt haben. Durch dieses Hofdecret ist also weder die Anwendung des Hofdecretes vom 20. May 1808, noch die aus demselben entnommene Verordnung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches abgeändert worden; mithin muß sowohl in dem Falle, als die Zurückzahlung in gleichen öffentlichen Obligationen bedungen, als in dem, wo über die Art der Zurückzahlung nichts bestimmt worden ist, die Zurückzahlung in gleichen öffentlichen Obligationen geleistet werden.

§. 991.

Wenn statt Geldes ein Privat-Schuldschein oder Waaren gegeben worden sind; so ist der Schuldner nur verbunden, entweder den Schuldschein oder die empfangenen Waaren unbeschädiget zurück zu stellen, oder dem Gläubiger den von diesem zu erweisenden Schaden zu ersetzen.

1) Schuldscheine gehören, wie bey Erläuterung des §. 985 schon in Ansehung öffentlicher Obligationen bemerkt worden ist, eigentlich zu den unverbrauchbaren Sachen, und sind somit schon nach der Natur der Sache ausgeschlossen, Gegenstand eines Darleihenscontractes zu seyn. — Die Gründe, welche den Gesetzgeber bewogen haben, in Ansehung öffentlicher Obligationen eine Ausnahme eintreten zu lassen, sind auf Privat-Schuldscheine nicht anwendbar. — Wird aber Jemanden eine unverbrauchbare Sache bloß zum unentgeldlichen Gebrauche auf unbestimmte Zeit übergeben, so entsteht ein Leihvertrag (§. 971); und der Entlehner ist aus diesem verbunden, nach Verlauf der Zeit eben dieselbe Sache zurückzustellen (§. 972).

2) Dieser von dem Gesetzgeber hier vorausgesetzte Fall darf aber mit demjenigen nicht verwechselt werden, wo Jemand, der um ein Darleihen ersucht worden ist, dem Andern einen Privat-

Schuldschein mit der Berechtigung, den Schuldbetrag von dem Schuldner zu erheben, und das erhobene Geld dann als Darleihen zu behalten, einhändiget. Von diesem Falle ist bey Erläuterung des §. 983, Nr. 5, lit. c eine Erwähnung geschehen. Dieses Geschäft ist von dem Zeitpuncte an, als der Entlehner das Geld von dem Schuldner des Darleihers wirklich erhält, als ein eigentlicher Darleihenscontract anzusehen, und nach diesen Grundsätzen zu beurtheilen; denn in diesem Falle gibt der Darleiher den Schuldschein nicht zu dem Zwecke her, damit der Anleiher ihn statt baren Geldes übernehme, und ihm seiner Zeit ohne Rücksicht, ob und wie viel letzterer von dem Schuldner selbst oder von einem Dritten an Geld erhalten habe, den vollen Betrag zurückstelle, sondern er will ihn nur in die Lage setzen, das bare Geld von seinem Schuldner in Empfang zu nehmen, welches von dem Augenblicke an, als der Anleiher das Geld wirklich erhält, eben so viel ist, als ob ihm dasselbe von dem Darleiher selbst eingehändigt worden wäre.

3) Dagegen sind verbrauchbare Sachen oder Waaren allerdings Gegenstände eines Darleihens überhaupt (§. 992), aber kein gültiger Gegenstand eines Gelddarleihens. — Wer ein Gelddarleihen sucht, bedarf zu seinen Zwecken bares Geld, wozu auch die öffentlichen Obligationen gerechnet werden können, da sie augenblicklich (wenigstens in größeren Städten) gegen bares Geld umgewechselt, und seiner Zeit auch gleiche Obligationen eingewechselt werden können. Werden ihm statt Geldes Waaren zu einem bestimmten Preise angebothen, so bequemt er sich zwar wohl oft das Anerbiethen anzunehmen, aber fast immer nur in einer drückenden Lage, die dadurch nur noch mehr verschlimmert wird. Das nähmliche ist der Fall, wenn der Darleiher einen Privat-Schuldschein statt baren Geldes anbiethet. — Deßwegen erklärt das Wuchergesetz im §. 8 das Geschäft, wodurch dem Anleiher statt baren Geldes ganz oder zum Theile Privat-Forderungen, Waaren oder andere Habschaften gegeben werden, für einen strafbaren Wucher im Capitale. — Dieses schon durch das Wuchergesetz verpönte Darleihensgeschäft wird sehr oft mit dem Kleide eines Kaufcontractes umhüllet, indem der Anleiher die

bestimmten Waaren gegen Borg kaufet, und über den schuldig gebliebenen Kaufschilling dann einen Schuldschein ausstellet. Die dieses Geschäft begleitenden Umstände werden es selten zweifelhaft lassen, ob die Parteyen in der That die Schließung eines Kaufcontractes, oder die des verbothenen Darleihenscontractes bezielten.

Indessen muß auch der Fall, wo Jemand, der um ein Darleihen ersucht wird, dem Andern aus Mangel vorräthigen baren Geldes Waaren mit dem Auftrage übergibt, dieselben zu veräußern, und dann das wirklich hiefür eingenommene Geld als Darleihen zu benützen, mit dem hier vom Gesetze berührten Falle nicht verwechselt werden.

4) In dem bürgerlichen Gesetzbuche war es, wie v. Zeiller bemerkt, seiner Bestimmung gemäß (§. 1000) hinreichend, aber zur Uebereinstimmung mit dem Wuchergesetze auch nothwendig, einem Vertrage, dem zu Folge statt Geldes Waaren oder Privat-Schuldscheine als Darleihen gegeben werden, für ungültig zu erklären. Nur konnte das Gesetz nicht gestatten, daß der Empfänger auf Kosten des Uebergebers reicher werde, oder der letztere durch ein Verschulden des ersteren zu Schaden komme. — Der Empfänger ist also zwar aus keinem Darleihensvertrage verpflichtet, allein der Uebergeber ist berechtiget, den übergebenen Gegenstand, dafern er noch vorhanden ist, in Natur zurückzufordern. Wäre aber der Gegenstand durch ein Verschulden des Empfängers ganz oder zum Theile zu Grunde gegangen, so würde dieser gleich einem Entlehner zum Ersatze des verursachten erweislichen Schadens verbunden seyn (§. 979). Dem Uebergeber liegt der Beweis ob, wie hoch der wahre gemeine Werth der Waare zur Zeit der Uebergabe gestanden sey.

5) Diesen hier sub 4 aufgeführten, aus dem Commentare des Hrn. Hofrathes v. Zeiller entlehnten Bemerkungen glaube ich in Bezug auf Privat-Schuldscheine, die statt baren Geldes als Darleihen gegeben werden, noch folgende anreihen zu müssen: Hat der Anleiher den Privat-Schuldschein verloren, oder ist er aus seinem Verschulden vernichtet worden; so hat er die Amortisirung desselben auf seine Kosten zu besorgen, zur Bezahlung

der Schuldforderung aber, über welche der Schuldschein ausgefertiget ist, wird er nur dann verbunden, wenn der Schuldner, diesen Umstand benützend, seine Verpflichtung abläugnen, und der Gläubiger aus diesem Grunde wegen Mangel eines Beweises in dem gegen seine Schuldner eingeleiteten Prozesse sachfällig würde. — Hat der Anleiher den Forderungsbetrag von dem Schuldner des Gläubigers erhoben, so ist er diesen zu erstatten schuldig. — Hat er nur einen Theil davon eingehoben, ohne auf den übrigen Verzicht geleistet zu haben, so hat er nebst dem Schuldscheine auch diesen eingehobenen Betrag an den Gläubiger abzuführen. — Zweifelhaft ist es, was in dem Falle Rechtens sey, wenn der Anleiher, dem an der baldigen Ueberkommung des baren Geldes gelegen ist, den Schuldschein mit Verlust an einen Dritten verkaufte, oder dem Schuldner selbst, um zum Besitze einer disponiblen Barschaft zu kommen, einen Theil gegen sogleiche Berichtigung des übrigen Theiles nachgesehen hat?

Der Zweifelspunct liegt darin, daß derjenige, der Jemanden einen Schuldschein statt baren Geldes als Darleihen übergibt, wohl einsehen muß, daß der Anleiher keinen andern Gebrauch davon machen kann, als ihn gegen bares Geld einzusetzen, und daß er, weil er das bare Geld benöthiget, sich zu einem Opfer entschließen wird. — Wäre nun der Anleiher dessen ungeachtet verpflichtet, dem Darleiher den ganzen ihm übertragenen Forderungsbetrag zu ersetzen, so wäre ihm durch diese gesetzliche Anordnung wenig geholfen; der Anleiher hätte in diesem Falle dem Darleiher gerade dasjenige zu ersetzen, zu was er sich in dem von dem Gesetze hier als ungültig erklärten Contracte gegen den Darleiher verbindlich gemacht hat. — Auf der andern Seite ist es aber auch dem Darleiher nicht aufzubürden, daß er den ganzen Verlust trage, welchen ein leichtsinniger Schuldner demselben dadurch zugefüget, daß er, um nur schnell zum Gelde zu kommen, den Schuldschein gegen Bezahlung eines unverhältnißmäßig geringen Preises hintangibt. — Es wird daher in einem solchen Falle nichts erübrigen, als durch Sachverständige beurtheilen zu lassen, zu welchem Opfer sich der Anleiher nach den Verhältnissen der Zeit und des Ortes herbeylassen mußte, um

für den erhaltenen Schuldschein bares Geld zu erlangen. Diesen Verlust muß sich, nach meiner Ueberzeugung, der Gläubiger gefallen lassen; denn da der Darleiher dem Anleiher, welcher nicht eigentlich die Abtretung einer Privat-Forderung, sondern die Uebereinkommung eines baren Geldbetrages bezielet, einen Schuldschein statt baren Geldes übergibt; so liegt hierin auch zugleich die Bevollmächtigung, sich um diesen Schuldschein bares Geld zu verschaffen, und es geht somit jener Aufwand, den der Anleiher zur Herbeyschaffung des Geldes zu machen gezwungen ist, auf Rechnung des Darleihers, da jener in Ansehung dieses Aufwandes als kein Beschädiger angesehen werden kann. Vielmehr liegt gerade in dem abgeschlossenen Contracte die widerrechtliche Bedrückung des Anleihers darin, daß diesem eben wegen des nothwendigen Aufwandes zur Uebereinkommung des baren Geldes Abbruch an dem Capitale geschieht; der Darleiher würde ihn daher um diesen Betrag verkürzen, wenn letzterer den ganzen Forderungsbetrag zurück zahlen sollte. — Nur der überflüssige, unnöthige Aufwand kann somit auf Rechnung des Anleihers gehen.

§. 992.

Darleihen in andern verbrauchbaren Gegenständen.

Bey Darleihen, die nicht über Geld, sondern über andere verbrauchbare Gegenstände geschlossen werden, macht es, dafern nur die Zurückstellung in der nähmlichen Gattung, Güte und Menge bedungen worden, keinen Unterschied, wenn sie in der Zwischenzeit am Werthe gestiegen oder gefallen sind.

1) Ein Darleihen wird gewöhnlich im Gelde (§§. 985 — 991), nicht selten aber, besonders unter Personen von gleichem Gewerbe, auch in andern verbrauchbaren Sachen gegeben. — Wird in dem dießfälligen Darleihensvertrage ausdrücklich festgesetzt, daß der Anleiher die nähmlichen Gegenstände der Gattung nach, und zwar in gleicher Güte und Menge zurück stellen soll; so ist derselbe auch hierzu, aber zu nichts mehrerem verpflich-

tet, diese Waaren mögen in der Zwischenzeit im Preise gestiegen oder gefallen seyn. — Wird in dem Darleihensvertrage über die Art der Zurückstellung nichts besonderes ausbedungen, so ist diese hier erwähnte Art der Zurückerstattung als stillschweigend bedungen anzusehen, weil sie mit der Natur des Darleihensvertrages übereinstimmt (§. 983).

2) Aus dem Inhalte des gegenwärtigen §. geht hervor, daß die Parteyen über die Art der Zurückerstattung etwas besonderes festsetzen können. — Es kann sich der Darleiher ohne Zweifel ausdrücklich bedingen, daß für den Fall, als die übergebenen Gegenstände zur Zeit der Zurückstellung im Preise niedriger stehen, die Differenz im Gelde, oder in verstärkter Quantität der Waaren rückersetzt werden müsse. — Auch kann derselbe mit Einverständniß des Anleihers, die Waaren sogleich in Geld anschlagen, und sich die Zurückzahlung in diesem Geldbetrage bedingen; in welchem Falle aber kein eigentlicher Darleihensvertrag, sondern ein Kaufsvertrag auf Borg geschlossen, vorhanden wäre. — Ueberhaupt ist bey Darleihen, die in andern verbrauchbaren Gegenständen geschlossen werden, den Parteyen überlassen, willkührliche Bestimmungen festzusetzen.

3) Wie im Falle der Unmöglichkeit, eine Sache von der nähmlichen Gattung oder Güte zu entrichten, oder im Falle einer Verzögerung, die Zahlung zu leisten sey, ist, wie v. Zeiller bemerkt, aus den allgemeinen Vorschriften zu entnehmen (§§. 1333 u. 1414).

§. 993.

Zinsen.

Wenn sich der Darleiher bey was immer für einem Darleihen in Rücksicht auf die Gattung, Güte oder Menge ausdrücklich oder stillschweigend mehr bedingt, als er gegeben hat; so kann der Vertrag nur in so fern bestehen, als dabey die erlaubten Vertragszinsen nicht überschritten werden.

Der gegenwärtige §. beantwortet eigentlich die Frage, in wie fern sich der Darleiher gültig einen größeren Betrag zu-

rück bedingen könne, als er gegeben hat. Wer daher z. B. Jemanden Ein hundert Gulden auf bloßen Personal-Credit auf ein Jahr darleihet, kann sich bedingen, daß ihm nach Verlauf des Jahres anstatt 100 fl., die er dargeliehen, 106 fl. rückbezahlt werden sollen; denn die höchsten Vertragszinsen, welche zu beziehen erlaubt sind, betragen für das Jahr 6 von Hundert (§. 994). — Ebenso kann derjenige, welcher ein Capital von 2000 fl. gegen Hypothek auf drey Jahre darleihet, gültig festsetzen, daß ihm nach Verlauf dieser Zeitfrist 2300 fl. zurück bezahlt werden; denn die höchsten Interessen von einem Capital pr. 2000 fl., welches gegen Hypothek dargeliehen worden ist, betragen jährlich 100 fl., folglich durch drey Jahre 300 fl. Würde ein Darleihen in Zwanzigern gegeben, und sich die Zurückerstattung dagegen in Ducaten bedungen, so müßte der höhere Werth der Ducaten dabey in Anschlag gebracht werden.

Setzen wir z. B.: es habe Jemand einem Andern 100 fl. in Zwanzigern auf Ein Jahr geliehen, und sich dafür die Zurückerstattung in Ducaten, in so weit es thunlich, ausbedungen. Für den Ducaten werden 10 kr. Rabatt gegeben. — Ist das Darleihen unverzinslich, so steht der Gültigkeit dieses Uebereinkommens nichts im Wege; auch dürften hier zwey vom Hundert gefordert werden. Drey vom Hundert wäre aber schon zu viel; denn der Entlehner müßte das Darleihen mit 22 Ducaten zurückzahlen, sohin, weil der Ducaten um 10 kr. mehr werth ist, als 4 fl. 30 kr. in Silber, bey der Restituirung des Darleihens um 3 fl. 40 kr. mehr an Werth geben, als er erhalten hat. Da nun 6 vom Hundert die höchsten erlaubten Zinsen sind, so würden 2 fl. Interessen mit Hinzuschlagung der 3 fl. 40 kr. das höchste Zinsenmaß nicht überschreiten. Es würde aber durch 3 fl. überschritten werden. Was hier vom Gelde gesagt worden ist, gilt auch von andern verbrauchbaren Sachen.

§. 994.

Durch Vertrag können bey einem gegebenen Unterpfande fünf, ohne Unterpfand sechs von Hundert auf Ein Jahr von Jedermann bedungen werden.

Dieses Maß der erlaubten Vertragszinsen ist auch dann zu verstehen, wenn zwar Zinsen bedungen, aber ihr Betrag nicht bestimmt worden ist.

1) Es gab ein Zeitalter, bemerkt Herr Hofrath v. Zeiller [1]), in welchem man aus spitzfindigen, metaphysischen Gründen und dem übel verstandenen mosaischen Rechte Zinsen, wenn nicht für ungerecht, doch für unbillig hielt. Diese überspannte Lehre verdient in dem gegenwärtigen Zeitalter kaum mehr eine ernste Widerlegung. Die Gründe, aus denen auch ein billig denkender Geldbesitzer von dem Anleiher Zinsen fordern kann, sind allgemein bekannt. Der vorzüglichste und entscheidendste Grund ist, daß der Darleiher aus dem Gelde, welches er darleihet, durch Ankauf eines nutzbringenden Gegenstandes, oder durch irgend einen andern Verkehr unmittelbar selbst einen Gewinn gezogen haben würde. Für diesen Entgang des Nutzens kann er sich, ohne unbillig zu seyn, Zinsen ausbedingen.

2) Nach dem Naturrechte steht es jedem Gläubiger frey, für die Vermissung des Gebrauches so viel zu bedingen, als ihm beliebt; läßt sich der Entlehner die Bedingung gefallen, und verspricht er das bedungene Entgeld zu leisten, so ist er auch hierzu verbindlich, wenn anders bey Schließung des Zinsenvertrages nicht solche Mängel unterlaufen sind, welche jeden Vertrag überhaupt ungültig machen. Die positive Gesetzgebung sieht sich aber veranlaßt, hier gewisse Beschränkungen festzusetzen, da hohe Zinsen dem Staate in vielen Rücksichten nachtheilig sind. — Das hier festgesetzte höchste Maß der Zinsen stimmt ganz mit dem §. 4 des Wucherpatentes überein, welches auch den noch gegenwärtig vollkommen anwendbaren Beysatz enthält, daß die Intabulation oder Vormerkung nur bis zu dem rechtlichen Betrage volle gesetzliche Wirkung habe. Dabey ist noch besonders zu bemerken, daß ausnahmsweise in Triest der Gläubiger, selbst im Falle eines gegebenen Unterpfandes, sechs vom Hundert als jährliche Zinsen mit rechtlicher Wirkung sich bedingen könne [2]).

---

1) In seinen Beyträgen zur Gesetzkunde und Rechtswissenschaft in den österreichischen Staaten. 2. B. S. 159.

2) Hofdecret vom 21. Nov. 1810: J. G. S. Nr. 152.

3) In so weit das hier festgesetzte gesetzliche Maß ausdrücklich oder durch mannigfaltige Verkleidungen stillschweigend überschritten wird, ist der Vertrag ungültig, und der Darleiher erhält in so fern nicht nur keinen Rechtsbeystand, sondern der Wucherfall muß zugleich der Behörde zur ämtlichen Untersuchung angezeigt werden.

4) Das Wuchergesetz hat vermög §. 1 einzig den Zinsenvertrag, wodurch Geld auf Zinsen geliehen wird, zum Gegenstande. Die gegenwärtige Vorschrift aber bezieht sich auch auf was immer für ein Darleihen. Hieraus folgt, daß, wenn das Zinsenmaß nicht bey einem Gelddarleihen, sondern bey einem Darleihen in anderen verbrauchbaren Sachen übertreten wird, zwar der Betrag in Rücksicht des Uebermaßes ungültig, aber nicht nach dem Wuchergesetze als eine schwere Polizey-Uebertretung strafbar sey.

5) Handelsleute und Fabrikanten sind in Rücksicht der aus eigentlichen Handlungsgeschäften entsprungenen Schulden schon vermög §. 2 des Wuchergesetzes an diesen Betrag nicht gebunden.

§. 995.

Wenn Jemanden Zinsen, ohne ausdrückliche Bedingung, aus dem Gesetze gebühren; so sind vier von Hundert, und zwischen den von den Behörden berechtigten Handelsleuten und Fabrikanten bey einer aus einem eigentlichen Handlungsgeschäfte entsprungenen Schuld sechs von Hundert auf das Jahr als die gesetzmäßigen zu entrichten.

Zinsen aus dem Gesetze gebühren dann, wenn nicht ausdrücklich Interessen bedungen worden sind, und der Schuldner mit der Bezahlung des schuldigen Capitales saumselig ist, und zwar von der Zeit an, als er die Zahlung zu leisten gehabt hätte (§. 1333). Für Triest sind nach dem bey Erläuterung des vori-

gen §. citirten Hofdecrete auch die gesetzlichen Verzugszinsen auf sechs vom Hundert festgesetzt [1]).

§. 996.

Wenn außer der Bestimmung des Ortes und der Zeit der Zahlung des Capitals und der Zinsen dem Darleiher, unter was immer für einer Gestalt und Benennung, noch andere Nebenschuldigkeiten, oder wenn für sich oder für Andere Nebenvortheile bedungen worden; so sind sie, in so fern dabey im Ganzen das Maß der erlaubten Vertragszinsen überschritten wird, ungültig.

Listige Darleiher, bemerkt Herr Hofrath v. Zeiller in seinem Commentare, hüthen sich ausdrücklich am Capital mehr, als gegeben worden ist, oder größere Zinsen, als das Gesetz gestattet (§§. 993 und 994), sich zu bedingen. Allein sie pflegen außer den Bestimmungen der Zeit und des Ortes der Zurückzahlung, die allerdings nach Belieben von ihnen festgesetzt werden können, dem Anleiher andere Nebenschuldigkeiten für sich oder für Andere (z. B. für Verwandte, oder Unterhändler nebst dem vom Wuchergesetze §. 21 zugestandenen Unterhandlungslohne) in Naturalien, Dienstleistungen oder anderen Verwilligungen aufzulegen. — Solche Nebenschuldigkeiten und Nebenvortheile müssen daher ihrem wahren Werthe nach geschätzt werden, und in so fern sie in Verbindung mit den Vertragszinsen, oder obgleich ausdrücklich keine Zinsen bedungen wurden, an und für sich das erlaubte Zinsenmaß überschreiten, sind sie ungültig, ja als ein Wucher in Bedingungen zugleich nach dem §. 10 des Wuchergesetzes zu behandeln.

---

1) Die Citation des §. 626 im Zeiller'schen Commentare ist offenbar irrig; denn dieser §. redet von dem Falle, wo Jemanden ein bestimmtes Capital vermacht wird. Ist dasselbe unverzinslich, so sind auch nach dem Tode des Erblassers keine Zinsen zu bezahlen; ist es aber ein zu 5 oder 6 pCt. verzinsliches Capital, so sind auch die gleichen Zinsen fortan zu berichtigen.

§. 997.

Die Zinsen sind gemeiniglich bey Zurückzahlung des Capitals; oder, wenn der Vertrag auf mehrere Jahre geschlossen, und in demselben wegen der Fristen zur Zahlung der Zinsen nichts ausgemacht worden, jährlich abzuführen. Vorhinein können sie höchstens auf ein halbes Jahr abgezogen werden. Die über dieses Maß vorhinein abgezogenen Zinsen sind, vom Tage des Abzuges an, vom Capitale abzurechnen.

1) Die erste Vorschrift enthält dasjenige, was gewöhnlich beobachtet, folglich auch in so lange vermuthet wird, als unter den Parteyen nichts anderes verabredet worden ist.

2) Indessen wurde es nicht für unbillig befunden, daß der Darleiher von dem Zeitpuncte, als er die Benützung seines Capitals dem Anleiher überläßt, und dieser es zu benützen anfängt, nach der Aehnlichkeit einer Vermiethung (§. 1102) wenigstens einen Theil der Zinsen empfange. — Die Gleichheit des Verhältnisses wurde nur dann als gestört angesehen, wenn der Anleiher den Nutzen, den er in einem längeren Zeitraume erst nach und nach aus dem Stammgute ziehen kann, sogleich ganz vergüten soll. Auf diese Ansicht gründet sich die zweyte Vorschrift, deren Uebertretung zugleich als ein Wucher in Zinsen bestraft wird (Wucherpat. §. 9 d) [1]).

§. 998.

Zinsen von Zinsen dürfen nie genommen werden; doch können zweyjährige oder noch ältere Zinsenrückstände mittelst Uebereinkommens als ein neues Capital verschrieben werden.

1) Es scheint zwar weder unbillig noch ungerecht, daß der Gläubiger für die verfallenen Zinsen, auf deren genaue Entrichtung er rechnet, und deren Nichtentrichtung ihn vielleicht in die

1) Siehe Zeillers Commentar §. 997 Nr. 1 u. 2

Nothwendigkeit setzt, entweder ein kleines Capital aufzunehmen und zu verzinsen, oder ein verzinsliches Capital einzubringen oder zu veräußern, von der Zeit, als die Zahlung dieser Zinsen hätte geschehen sollen, Zinsen empfange. — Allein der österreichische Gesetzgeber hielt diese unter der Benennung des Anatocism bekannte Zinsenentrichtung bedenklich, und besorgte, daß dieses Befugniß von habsüchtigen Gläubigern, welche kurze Zahlungsfristen vorschreiben, und einen leichtsinnigen Schuldner oder dessen Erben, denen die Schuld vielleicht unbekannt ist, weder gerichtlich noch außergerichtlich einmahnen, zum großen Verderben der Schuldner gemißbraucht werden könne; und hat daher bereits in dem §. 9 des Wuchergesetzes diesen Anatocism für einen Wucher in Zinsen erklärt.

2) Bey Verfassung des gegenwärtigen Gesetzbuches hat man jedoch auch die obige Rücksicht nicht unbeachtet gelassen, und es wurde nach dem Beyspiele des preußischen Landrechtes durch den gegenwärtigen §. gestattet, daß, wenn bereits Zinsen von zwey Jahren oder von noch längerer Zeit rückständig sind, dieser Zinsenrückstand in eine Summe zusammen geschlagen, und mittelst eines zwischen dem Gläubiger und Schuldner zu treffenden neuen Uebereinkommens als ein neues Capital angenommen, und als solches neuerdings verzinset werden könne. — Ein Zinsenrückstand aber ist vorhanden, wenn die gesetzliche oder vertragsmäßige Verfallszeit der Zinsen verstrichen ist, ohne daß die Zahlung erfolgte. Daher ist ein zweyjähriger Zinsenrückstand dann entstanden, wenn durch zwey Jahre keine Zinsen bezahlt worden sind.

3) Der gegenwärtige §. bedient sich des Ausdruckes, daß diese Zinsenrückstände als ein neues Capital *verschrieben* werden können. — Allein ich glaube, daß dieser Ausdruck nicht dahin zu deuten sey, als ob die Ausfertigung eines Schuldscheines hierüber nothwendig sey; sondern, daß es genüge, wenn das getroffene Uebereinkommen erwiesen wird. — Man könnte zwar außer dem gewählten Ausdrucke zur näheren Begründung der Meinung, daß die Ausfertigung eines Schuldscheines nothwendig sey, anführen, daß das preußische Landrecht, dessen Ver-

bilde der österreichische Gesetzgeber hier gefolgt zu seyn scheinet [1]), ausdrücklich sage: „Doch können über zweyjährige oder ältere Zinsenrückstände neue Schuldscheine gegeben, und Zinsen davon verschrieben werden." Allein es ist dabey nicht zu übersehen, daß dieses Gesetzbuch (§. 729) einen Zinsenvertrag überhaupt nur dann als verbindlich anerkenne, wenn hierüber eine Urkunde errichtet wird. — Es war also auch ganz consequent, daß dasselbe im vorliegenden Falle die Ausfertigung eines Schuldscheines forderte. Da aber nach dem österreichischen Gesetzbuche zur Gültigkeit des Zinsenvertrages nicht nöthig ist, daß derselbe schriftlich errichtet werde (§. 883), so ist auch dieses neuerliche Uebereinkommen an die Errichtung einer Urkunde nicht gebunden. Eben deßhalb, weil der gegenwärtige §. aus dem preußischen Landrechte genommen zu seyn scheint, ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber gewiß auch hier ausdrücklich von Ausfertigung eines Schuldscheins gesprochen haben würde. — Schon der Ausdruck: „mittelst Uebereinkommens verschreiben," läßt schließen, daß das Wort „verschreiben" nicht buchstäblich genommen werden dürfe.

4) Eine natürliche Folge eines solchen Uebereinkommens ist, daß die Zinsen ihre Eigenschaft als solche verlieren, und daher, wenn das Capital durch Pfand versichert ist, auch das in der E. O. §§. 18 und 20 für die Zinsen ausgesprochene Vorrecht verloren gehe. Will daher der Gläubiger auch in Ansehung dieses Zinsenrückstandes gesichert seyn, so muß er für die Erwerbung eines neuen Pfandrechtes besorgt seyn. — Dagegen werden auch durch dieses neuerliche Uebereinkommen ältere als dreyjährige Rückstände von der fünften in die vierte, und nach Umständen in die dritte Classe erhoben. — Immer muß aber dieses Uebereinkommen erst dann gepflogen werden, wenn der Zinsenrückstand bereits wirklich vorhanden ist, und es kann nicht gleich in dem ursprünglichen Darleihenscontracte bedungen werden, daß, wenn die Zinsen zwey Jahre rückständig seyn sollten, sie eo ipso als Capital anzusehen und zu verzinsen seyn.

---

1) I. Th. 11. Tit., §. 319.

§. 999.

Zinsen von Gelddarleihen sind in der nähmlichen Währung (Valuta), wie das Capital selbst, zu entrichten.

1) Als Erläuterung dieser Gesetzesstelle, besonders in Bezug auf den Beweggrund derselben, mag das an das Inn. Oest. Appellationsgericht erlassene Hofdecret vom 24. December 1816 [1]) dienen, das also lautet: „Zur Steuerung der, vorzüglich in Ober-Kärnthen, dann auch in Steyer, Krain und Istrien herrschenden Gewohnheiten, bey Gelddarleihen, statt der Zinsen den Genuß des zur Hypothek verschriebenen Grundstückes oder die jährliche Abgabe einer bestimmten Quantität von Naturalien zu bedingen, findet man zu verordnen: Aus dem ein und zwanzigsten Hauptstücke des zweyten Theils des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches von dem Darleihensvertrage, und den §§. 1368 bis 1374 von dem Pfandvertrage leuchtet deutlich die Absicht hervor, die Geldanleihen vor wucherlichen Bedrückungen sicher zu stellen. — Obschon in dem Wucherpatente §. 9 die Bewilligung des Fruchtgenusses von einem verpfändeten Grundstücke nur dann für einen Wucher erklärt wurde, wenn dadurch die rechtlichen Zinsen überschritten würden; so wurde doch dieser Nebenvertrag in dem §. 1372 des bürgerlichen Gesetzbuches ausdrücklich für wirkungslos erklärt. — Durch einen solchen Nebenvertrag, der zur Vermeidung alles Wucherverdachtes eine ordentliche, genaue Berechnung voraussetzt, werden viele verwickelte Rechnungsprozesse, wucherliche Untersuchungen veranlaßt, und die Geldanleihen in Dunkelheit gesetzt, was sie bey der Unsicherheit der Preise der Naturalien für einen großen und drückenden Betrag an Zinsen werden zu entrichten haben. Diese Gründe treten auch in dem Falle, daß der Fruchtgenuß eines Grundstückes ohne Verpfändung desselben, und sie treten, wenigstens zum Theile, auch dann ein, wenn Naturalien statt der Geldzinsen bedungen werden. Daher verordnet der §. 999, daß Zinsen von Gelddarleihen in der nähmlichen Währung, wie das Capital selbst, zu entrichten seyn."

1) J. G. S. Nr. 1305.

2) Ueber den zur höchsten Entscheidung vorgelegten Anstand: Ob von solchen Schuldbeträgen, welche nach dem Finanzpatente vom Jahre 1811 in bestimmter Münzsorte berichtigt werden müssen, auch die Zinsen in der nähmlichen bestimmten Münzsorte selbst dann zu bezahlen seyn, wenn zwar die Bezahlung der Hauptschuld, nicht aber zugleich die Entrichtung der Zinsen in einer bestimmten Münzsorte ausdrücklich bedungen ist, haben Se. Majestät zu beschließen geruhet; daß bey künftigen Erkenntnissen auf die Bezahlung der Zinsen, ohne Rücksicht, ob sie vor oder nach dem obigen Finanzpatente fällig geworden, in jener bestimmten Geldsorte gesprochen werden müsse, in welcher die Hauptschuld selbst nach dem Gesetze und Vertrage bezahlt werden muß [1]).

3) Das Gesetz beschränkt diese Bestimmung auf Gelddarleihen; sie kann also auf Darleihen in anderen verbrauchbaren Sachen nicht ausgedehnt werden. Der gesetzliche Grund davon ist, theils weil die beträchtlichsten Bedrückungen gewöhnlich nur bey Gelddarleihen vorfallen, und nur diese den Gesetzgeber bewogen, in den Dispositionsrechten des Eigenthümers ganz besondere Beschränkungen eintreten zu lassen; theils weil bey anderen verbrauchbaren Sachen die Zerstückelung in kleine Theile, welche die Interessen-Berechnung fordert, oft gar nicht möglich ist. Werden die Zinsen von in anderen verbrauchbaren Sachen gegebenen Darleihen in Geld entrichtet, so muß der Werth, mit Rücksicht auf den Zeitpunct des Darleihens, bestimmt werden. Das Nähmliche ist auf die Entschädigungs- oder Verzögerungszinsen anzuwenden.

§. 1000.

Wie ein in Absicht auf das Capital oder das erlaubte Zinsenmaß verübter Wucher zu behandeln sey, bestimmt das besonders bestehende Wuchergesetz.

1) Hofdecret vom 27. December 1811; J. G. S. Nr. 965.

1) Das Gesetz erklärt alle wucherischen Verträge als schwere Polizey-Uebertretungen gegen die Sicherheit des Eigenthums [1]). Da das bürgerliche Gesetzbuch nun nur die wechselseitigen Privatrechte zu seinem Gegenstande gewählet hat, so gehören die Bestimmungen über die Behandlung (Verfahrungsart und Bestrafung) des Wuchers offenbar nicht in dasselbe, und es beruft sich daher hier auch lediglich auf das besonders bestehende Wuchergesetz [2]). Da es jedoch in dem Plane meiner Erläuterungen gelegen ist, auch die mit den Gegenständen des bürgerlichen Gesetzbuches in nächster Verbindung stehenden politischen und Strafgesetze aufzunehmen; so glaube ich auch hier die vorzüglichsten gesetzlichen Bestimmungen über die Behandlung des Wuchers aufnehmen zu müssen, und zwar um so mehr, als dieselbe reinen Civil-Justizbehörden, nähmlich den Landrechten, zugewiesen ist.

2) Wucher, im Sinne jenes Gesetzes, ist überhaupt dann vorhanden, wenn bey einem Vertrage über ein verzinsliches Gelddarleihen von dem Darleiher ein solcher Gewinn beabsichtiget wird, welcher mit den Vorschriften jenes Gesetzes unverträglich ist. — Diese haben jedoch auf die eigentlichen Handelsgeschäfte der Handelsleute und Fabrikanten unter sich keine Anwendung (§. 2 des W. P.) [3]). Er kann auf dreyfache Art verübt werden, nähmlich: A) im Capitale, B) in Zinsen und C) in den Bedingungen.

A. Für Wucher im Capitale erklärt das Gesetz:

a. wenn dem Anleiher unter was immer für Benennung Abbruch am Capitale geschehen ist, oder zu Folge der Verabredung geschehen soll;

b. wenn dem Anleiher statt baren Geldes ganz oder zum Theile Privat-Forderungen, Waaren oder andere Habschaften gegeben werden;

c. wenn, um dem vorausgehenden Verbothe auszuweichen, ein wie immer verkleideter Vertrag geschlossen wird.

---

1) Strafgesetz, II. Theil, §. 233.

2) 2. December 1803; J. G. S. Nr. 630.

3) Siehe Kudlers Erklärung des Strafgesetzbuches über schw. P. U., §. 233.

B. Für Wucher in Zinsen erklärt das Gesetz:

a. wenn höhere Zinsen, als rechtlich erlaubt ist, bezogen;

b. wenn Zinsen von Zinsen genommen;

c. wenn durch den verwilligten Fruchtgenuß des Unterpfandes die rechtlichen Zinsen überschritten;

d. wenn die Zinsen von mehr als einem halben Jahre vorabgezogen werden.

Uebrigens ist es zum Begriffe des Wuchers in Zinsen genügend, wenn die unerlaubten Zinsen nur bedungen, und es ist keineswegs nothwendig, daß sie von dem Gläubiger bereits wirklich bezogen worden sind.

C. Für Wucher in Bedingungen erklärt das Gesetz:

a. wenn, außer der ausgedrückten Frist der theilweisen oder gänzlichen Rückzahlung des Capitals und Abtragung der Zinsen, dem Schuldner unter was immer für einer Gestalt und Benennung Nebenschuldigkeiten aufgeleget, oder für sich, oder für Andere Nebenvortheile bedungen werden;

b. wenn in Ansehung der öffentlichen Obligationen etwas gegen die im §. 3 über den Werth derselben gegebenen Bestimmung bedungen;

c. wenn verabredet wird, daß nach der Verfallzeit der Forderung das Pfandstück dem Gläubiger heimfalle, oder, daß er es um was immer für einen, oder um einen schon vorhinein bestimmten Preis veräußern könne.

Für Mitschuldige des Wuchers sind diejenigen anzusehen, welche als Nahmensträger, Cedenten, Cessionäre, als Bürgen, Verkäufer oder Käufer, oder als Unterhändler wissentlich zu einem wucherlichen Geschäfte beygetragen haben.

3) Nun von der Bestrafung des Wuchers.

A. Die Strafe des Wuchers im Capitale bestehet in Einziehung des vierten Theils von dem bedungenen ganzen Capitale, welchen der Darleiher bar zu erlegen hat. Nach Maß der Bedrückung des Anleihers, seines benützten Nothstandes, der Wiederhohlung und der angewendeten Kunstgriffe und Bemäntelungen, soll die Einziehung auch auf einen größeren Theil, selbst auf die ganze Schuld an Capital und Zinsen ausgedehnt

werden, und der Darleiher also alles, was er darauf empfangen hat, zur Einziehung herauszuzahlen verbunden, und des Rechtes auf das, was noch darauf haftet, entsetzet seyn.

B. Die Strafe des Wuchers in Zinsen ist: Einziehung sämmtlicher verfallener Zinsen, die der Darleiher bar zu erlegen hat. Nach Beschaffenheit der so eben erwähnten Umstände soll der Darleiher auch aller Zinsen, die noch verfallen sollten, verlustig erklärt, oder einen der Größe des Wuchers angemessenen Theil des Capitals zu entrichten, angehalten werden (§. 13).

C. Die Strafe des Wuchers in Bedingungen ist nach dem Unterschiede, ob sich solche auf den Wucher im Capitale oder in Zinsen beziehen, eben dieselbe, welche für diese Arten von Wucher angeordnet ist (§. 14).

Wenn der Darleiher die Geldstrafe zu bezahlen nicht vermag, ist derselbe zu einer dem Betrage angemessenen Arreststrafe von acht Tagen bis auf sechs Monathe zu verurtheilen (§. 15).

Die Strafwürdigkeit des Wuchers kann noch durch die Umstände, unter denen er ausgeübt worden, vermehret werden, besonders:

a. wenn der Wucherer schon vormahls mit der erhöhten Geldstrafe oder mit Arreste belegt worden ist;
b. wenn der Thäter den Wucher zu einem Gewerbe gemacht hat;
c. wenn durch den Wucher der Schuldner zu Grunde gerichtet wird;
d. wenn durch Verleitung die Verstandesschwäche oder der Leichtsinn, besonders bey Personen, die unter väterlicher oder vormundschaftlicher Gewalt, oder unter einer Curatel stehen, gemißbraucht worden;
e. wenn die Aussicht zur Wiederbezahlung auf das Absterben der Aeltern oder solcher Personen hinausgesetzt ist, gegen welche eine rechtliche Verpflichtung der Ehrerbiethung Statt hat (§. 16).

Bey solchen erschwerenden Umständen soll der Schuldige, nebst dem Geldbetrage, noch mit anderen Strafen belegt werden. Diese Strafen bestehen:

a. in Arrest von drey bis zu sechs Monathen, welcher nach Beschaffenheit durch Fasten oder schwere Arbeit verschärft werden kann;

b. in der öffentlichen Ausstellung in einem Kreise mit der Aufschrift: Wegen Wuchers;

c. in Abschaffung des Thäters aus dem Orte seines Aufenthaltes, oder, wenn er ein Fremder ist, in Abschaffung aus sämmtlichen Erbländern (§. 17).

Da aber der Wucher vielfältig durch muthwillige Anleiher Veranlassung und Nahrung erhält, so sind diejenigen, welche nach vorausgegangener Untersuchung durch öfteren Rückfall, durch Annehmung sehr verderblicher Bedingungen sich offenbar künftigem Nothstande Preis geben, oder durch üble Verwendung des Anleihens Sittenverderbniß an den Tag legen, als Verschwender zu erklären; nach Beschaffenheit der Umstände aus dem Orte, der zu der Verschwendung Gelegenheit oder Anlockung gibt, abzuschaffen, oder mit Arrest von einem bis auf sechs Monathe zu bestrafen (§. 18).

Die Strafe der Mitschuldigen des Wuchers ist, nebst Zurückstellung des bey einer solchen Gelegenheit Empfangenen, der vierfache Betrag desjenigen, was sie empfangen, oder auch nur sich bedungen haben, oder, wenn sie unentgeldlich mitgewirkt hätten, eine angemessene Geldstrafe. Sind sie unvermögend den Betrag zu bezahlen, so sollen sie nach dem §. 15 mit einer Arreststrafe belegt werden. Bey eintretenden besonders erschwerenden Umständen haben auch gegen die Mitschuldigen die in dem §. 17 angeführten Verschärfungen Statt (§. 19).

Fällt den bey einem wucherischen Geschäfte mitbefangenen Personen Betrug zur Schuld, so unterliegen sie, nebst der auf den Wucher bestimmten Geldstrafe, auch dem ordentlichen Criminalverfahren (§. 20).

Wenn ein oder mehrere Unterhändler zur Schließung eines Darleihensgeschäftes sich verwenden, darf der ganze Lohn der Unterhandlung, welchen der Anleiher zu entrichten hat, ein halbes Percent des geliehenen Capitals nicht übersteigen. Was über diese Summe unter was immer für Benennung angenom-

men oder bedungen worden ist, muß zur Strafe in dem doppelten Betrage erlegt werden (§. 21).

4) Ueber wucherliche Fälle ist jederzeit die Untersuchung von Amtswegen zu pflegen. Die Gerichtsbarkeit hierüber ist ausschließend dem Landrechte einer jeden Provinz übertragen, in welcher der wucherliche Fall entdeckt worden ist; gegen Militärpersonen aber dem judicio delegato militari mixto (§. 22). Den Fiscalämtern ist es zur Pflicht gemacht, über die Entdeckung der Wuchergeschäfte sorgfältig zu wachen. Auch ist allen Vormerkungsbehörden, denen eine wucherliche Urkunde vorkömmt, so wie allen Gerichten, welchen eine gegründete Anzeigung eines wucherlichen Geschäftes auffällt, aufgetragen, dieselbe dem obbenannten Gerichte zur Amtshandlung mitzutheilen (§. 23). Inzwischen soll das Gericht, bey welchem der Rechtsstreit anhängig ist, mit Rücksicht auf die übrigen Einwendungen nicht nur das Urtheil fällen, sondern auch die Execution ertheilen, und nur dafür sorgen, daß der Betrag, welcher der Einziehung unterliegen könnte, bis zum Ausgange der Untersuchung gerichtlich hinterlegt werde (§. 24).

Das zur Untersuchung bestimmte Gericht hat zuerst die Wahrheit der Anzeigung und der Umstände, worauf sich die Beschuldigung bezieht, zu erörtern, und wofern es die Beschuldigung für gegründet erkennet, zur weitern Untersuchung zu schreiten. Zu dem Ende soll es: a) die Urkunden, welche hierüber näheren Aufschluß geben können, von den Inhabern gegen Empfangsscheine abfordern; b) diejenigen, welche von der Sache Wissenschaft haben könnten, zur Aussage vorrufen [1]); c) über die Zeugen-Aussage, in so fern es nothwendig ist, und kein rechtliches Bedenken obwaltet, die eidliche Bestätigung abfordern; d) die Beschuldigten zu Protocoll vernehmen; e) die Widersprüche allenfalls durch die Gegenstellung beheben; endlich f) überhaupt alles vorkehren, was nothwendig ist, damit der Gegenstand voll-

1) Bey Wucherunterſuchungen kömmt den nächſten Anverwandten und Ehegatten des Beſchuldigten, die in dem §. 377 I. Theiles des Strafgeſetzes enthaltene Begünſtigung, ſich der Ausſage entſchlagen zu können, allerdings zu Statten. (Juſtiz-Hofdecret vom 17. Juny 1825; J. G. S. Nr. 2103.)

ständig aufgeklärt, und der rechtliche Ausgang der Untersuchung nicht vereitelt werde (§. 25).

5) Nach gepflogener Untersuchung ist die Stärke der Beweise, die für die Schuld oder Schuldlosigkeit der Beschuldigten streiten, zu prüfen. Der Beweis der Schuld wird durch das Geständniß oder Ueberweisung hergestellet (§. 26). Ein keinem vernünftigen Bedenken unterliegendes gerichtliches Geständniß des Beschuldigten hat gegen denselben die Kraft eines vollen Beweises (§. 27).

Die Ueberweisung geschieht: a) aus eigenhändig von dem Beschuldigten geschriebenen und unterfertigten Urkunden, welche die Uebertretung deutlich in sich enthalten; b) durch die beschworne Aussage zweyer unbedenklicher Zeugen, welche in den wesentlichen Umständen der von ihnen bestätigten Uebertretung vollkommen übereinstimmen; c) aus dem Zusammentreffen mehrerer Umstände, woraus die Uebertretung deutlich am Tage liegt (§. 28).

Die Umstände, aus deren Vereinigung ein rechtlicher Beweis Statt finden kann, werden zwar überhaupt der Beurtheilung des Gerichtes überlassen, vorzüglich jedoch können folgende, wenn deren mehrere zusammentreffen, den rechtlichen Beweis gründen: a) wenn ohne wahrscheinliche Unerfahrenheit der Parteyen die Urkunde über eine Schuldforderung so undeutlich, unvollständig oder zweydeutig abgefaßt ist, daß daraus der eigentliche Grund oder Gegenstand der Forderung, hauptsächlich die Größe oder Eigenschaft des Capitals und das Maß der Zinsen nicht bestimmt entnommen werden kann; b) wenn die Urkunde über eine Schuld einen bereits als erdichtet erwiesenen Umstand enthält; c) wenn bey einem beträchtlichen Anleihen die Zuzählung des Capitals, dessen vollständiger Empfang von dem Anleiher widersprochen wird, ohne Beyziehung glaubwürdiger Zeugen geschehen seyn soll; d) wenn in der Urkunde über einen vorgeblichen Kauf die Gattung, Menge oder der Preis der geborgten Waaren nicht deutlich ausgedrückt wird; oder e) wenn der Verkäufer eine beträchtliche Quantität solcher Waaren geborget hat, die er selbst nicht führet, oder die dem Bedürfnisse oder den Verhältnissen des Käufers wenigstens in dem Maße offenbar nicht angemessen

sind; f) wenn nach den bekannten Vermögens-Umständen des ursprünglichen Darleihers oder des Cessionars nicht wahrscheinlich ist, daß der erstere eine so beträchtliche Summe dargeliehen, oder der letztere sie an sich gelöset habe; g) wenn bey abgetretenen Forderungen der Cedent eine dem Gerichte unbekannte Person ist, und nicht ausfindig gemacht werden kann; h) wenn Jemand einer Person, die für sich keinen gültigen Vertrag eingehen kann, geborget hat, ohne für die etwa dringend nothwendige oder nützliche Verwendung Sorge zu tragen; i) wenn Jemanden eine so beträchtliche Summe geborget wird, daß nach dessen bekannten Vermögens-Umständen die vollständige Rückzahlung vernünftiger Weise nicht erwartet werden konnte; k) wenn der Beschuldigte schon vormahls wegen Wucher untersucht und nicht schuldlos gefunden; l) wenn die wucherliche Handlung außergerichtlich eingestanden worden; m) wenn der Beschuldigte sich vor Gericht zu seinen Aussagen widerspricht, oder offenbar erdichtete Umstände in seiner Rechtfertigung anführt; n) wenn ein unbedenklicher, oder mehrere bedenkliche Zeugen die wucherliche Handlung auf eine glaubwürdige Weise bestätigen (§. 29).

Zum Beweise aus Zusammentreffen der Umstände ist jedoch erforderlich: a) daß wenigstens zwey eine rechtliche Beschuldigung gründende Umstände zusammentreffen; b) daß jeder einzelne Umstand für sich dergestalt vollkommen erwiesen ist, daß c) die Beweiskraft derselben weder durch die Vertheidigung der untersuchten, noch durch andere nähere Aufklärung über die Beschaffenheit der That, und die Eigenschaften und Verhältnisse der beschuldigten Person geschwächet werde; d) daß nach reifer Beurtheilung aller Umstände kein gegründeter Zweifel übrig bleibe, daß der Beschuldigte sich des Wuchers schuldig gemacht habe (§. 30).

6) Bey vorliegendem Beweise eines unterlaufenden Wuchers hat das Gericht, welches die Untersuchung gepflogen hat, zu bestimmen: ob und was dem Darleiher oder Anleiher rechtlich gebühre. Diese Bestimmung beschränkt sich jedoch, da die übrigen in Rücksicht des Darleihers streitigen Rechte zum ordentlichen Gerichtsstande gehören, einzig auf den Betrag der durch die Untersuchung erhobenen wucherlichen Beeinträchtigung. Im Falle also,

daß der Anleiher sein Versprechen noch nicht erfüllt hat, ist der Betrag in das Klare zu setzen, welchen er mit Abrechnung der wucherlichen Abzüge und Entrichtungen, oder wenn die Schuld ganz oder zum Theile von Waaren, Habschaften oder Privat-Forderungen herrühret, in Natura oder nach einer gerechten Beurtheilung des Werthes zu leisten hat. Hat er aber die Schuld bereits getilgt, so ist festzusetzen, was, und von wem ihm solches der wucherlichen Verkürzung wegen zurück zu stellen sey (§. 31).

7) Nach geendigter vollständiger Untersuchung ist durch Urtheil zu erkennen, ob der Beschuldigte des Wuchers schuldig oder schuldlos befunden worden, oder ob die Untersuchung aus Mangel des rechtlichen Beweises aufzuheben sey? — Im letzteren Falle, wenn sich neue erhebliche Beweismittel darstellen, kann die Untersuchung wieder aufgenommen werden (§. 32). — Werden durch das Urtheil einer oder mehrere der Beschuldigten schuldig erkannt, so ist in selbem zugleich auszudrücken: a) wem und von wem ihm noch eine Zahlung oder Zurückstellung gebühre; b) von wem, und welcher Betrag zur Einziehung zu entrichten; c) mit welcher Strafe der Schuldige etwa noch außerdem zu belegen sey (§. 33).

Der Inhalt des Urtheils ist den Parteyen, in so weit ihn jede zu wissen nöthig hat, in Rücksicht des Strafbetrages aber auch dem Fiscal-Amte bekannt zu machen. — Dieses hat für die Eintreibung des Strafbetrages zu sorgen, und gehört solcher zur Casse der Armenanstalt des Ortes, in welchem das Wuchergeschäft abgeschlossen worden (§. 34).

Wird das Strafurtheil auf den Beweis durch Zusammentreffen der Umstände gegründet, so ist dasselbe vor der Bekanntmachung dem Appellationsgerichte zur Entscheidung vorzulegen, welches das Urtheil bey eintretenden Gründen zu mildern, aber nicht zu verschärfen berechtiget ist (§. 35).

8) Wenn der des Wuchers angeklagte Gläubiger von dem gehörigen Richter losgesprochen, oder die Untersuchung aus Abgang rechtlicher Beweise aufgehoben worden ist, ist jeder Re-

curs des Schuldners oder eines Dritten gegen dieses Erkenntniß unzulässig [1]).

Dagegen steht dem Untersuchten, welcher sich durch das Urtheil der ersten Behörde beschwert glaubet, der Recurs innerhalb vierzehn Tagen vom Tage des ihm bekannt gemachten Urtheiles an das Appellationsgericht offen. — Gegen zwey gleichförmige Urtheile hat kein weiterer Rechtsweg Statt (§. 36).

9) Im Falle der Schuldige zu einer Arreststrafe verurtheilt wird, ist er nach der Bekanntmachung des Urtheiles zu beobachten, und zur Vollstreckung der Strafe, wofern er vom Civilstande ist, der politischen Behörde zu überliefern. Gehen aus der Untersuchung rechtliche Anzeigen eines verübten Betruges hervor, so ist der Beschuldigte zum weiteren Verfahren dem Criminalgerichte zu übergeben (§. 37).

10) Die Strafe und Verantwortlichkeit für eine wucherliche Handlung erlischt:

a. wenn das wucherliche Geschäft, bevor eine Behörde Kenntniß davon erhalten hat, freywillig, unverstellt und vollkommen zurückgegangen ist; oder

b. durch Verjährung von fünf Jahren, von dem Tage zu rechnen, von welchem nicht nur in einem bestimmten Geschäfte von dem Thäter weiter kein wucherlicher Abzug geschehen, und sonst alle wucherliche Bedingung aufgehoben, sondern auch überhaupt von ihm kein Wucher bekannt geworden ist (§. 38). In dieser Hinsicht wurde nach der Hand durch Justiz-Hofdecret vom 6. May 1825 [2]) folgende Belehrung ertheilt: „Die Zeit von fünf Jahren, nach derem Ausgange die Strafe des Wuchers durch Verjährung erloschen ist, fängt zu Folge §. 38 des W. P. mit dem letzten Tage, an welchem eine wucherliche Handlung verübt, insbesondere ein wucherlicher Vertrag abgeschlossen, oder zu Folge desselben eine Zahlung angenommen worden ist, zu laufen an. Es ist also keine Rücksicht darauf zu nehmen, für welche Zeit unerlaubte Abzüge oder Zinsenzahlungen berechnet waren. Die Verjährung läuft so lange fort, bis der Thäter von der

1) Hofdecret vom 6. Febr. 1818; J. G. S. Nr. 1513.
2) J. G. S. Nr. 2093.

zur Untersuchung berechtigten Behörde über ein Vergehen gegen das Wucher-Patent zur Rede gestellt wird, oder die zu diesem Ende von dem Gerichte an ihn ausgefertigte Vorladung erhält; sie kann nur durch neue wucherliche Handlungen unterbrochen werden, welche nach der That, in Ansehung derer die Verjährung berechnet werden soll, unternommen worden, und zur Zeit der Aburtheilung des Thäters dem hierzu berechtigten Gerichte bekannt sind."

c. Durch die Erlassung der Strafe; denn die in den §§. 428, 429 u. 432 des II. Theiles des Strafgesetzbuches in Ansehung der schweren Polizey-Uebertretungen überhaupt ertheilten Vorschriften über die Begnadigung finden auch bey den Strafen des Wuchers ihre Anwendung. Jedoch kann Milderung oder gänzliche Nachsicht, wenn das Urtheil auf eine Geldstrafe von mehr als drey hundert Gulden, oder in dem Falle des §. 45 (eigentlich 15) des Wucher-Patentes auf dreymonathliche oder längere Arreststrafe, oder zu Folge der §§. 16 u. 17 desselben Patentes auf eine Verschärfung der Strafe ergangen ist, bey Civil-Personen nur von der obersten Justizstelle, bey Militärpersonen nur von dem Hofkriegsrathe bewilliget werden.

In allen anderen Fällen sind die betreffenden Appellationsgerichte die Strafe zu mildern oder ganz zu erlassen berechtiget. — Die Gnadengesuche müssen immer binnen 14 Tagen, von Zustellung des Urtheiles an gerechnet, bey der ersten Instanz überreicht, und von dieser mit ihrem Gutachten und den Acten an die höhere Behörde befördert werden [1]).

§. 1001.

Form des Schuldscheins.

Damit ein Schuldschein über einen Darleihens-Vertrag einen vollständigen Beweis mache, müssen darin der eigentliche Darleiher oder Gläubiger sowohl, als der eigentliche Anleiher oder Schuldner; der Gegenstand und Betrag des Dar-

1) Hofdecret vom 27. August 1817; J. G. S. Nr. 1366.

leihens; und, wenn es in Geld gegeben wird, die Gattung desselben, wie auch alle auf die Zahlung der Hauptschuld sowohl, als auf die etwa zu entrichtenden Zinsen sich beziehende Bedingungen redlich und deutlich bestimmt werden. Die äußere zur Beweiskraft nöthige Form einer Schuldurkunde setzt die Gerichtsordnung fest.

1) Ueber Darleihensverträge werden gewöhnlich, besonders wenn sie auf längere Dauer abgeschlossen werden, Urkunden errichtet, die Schuldscheine genannt werden. Der Zweck derselben ist, dem Gläubiger über die Art und Weise des abgeschlossenen Darleihens-Contractes ein Beweismittel zu verschaffen, daher sie auch bloß einfach ausgefertigt, und dem Gläubiger eingehändigt zu werden pflegen. Damit aber ein solcher Schuldschein vollkommen beweismachend sey, werden theils äußere theils innere Förmlichkeiten erfordert.

2) Die inneren Förmlichkeiten gehen den Inhalt der Schuldurkunde selbst an, und bestehen in Folgenden: Vor Allem muß a) der wahre Darleiher und der eigentliche Schuldner redlich angegeben werden. — Es geschieht nähmlich oft, daß die Contrahenten, in der Hoffnung, der Wucherstrafe zu entgehen, oder um nicht als Geldmäkler zu erscheinen, falsche Nahmen, oder den Schein von bloßen Cessionaren oder Bürgen annehmen, wodurch die Erhebung der wahren Beschaffenheit des Geschäftes und die Entscheidung sehr erschwert wird.

3) Der Schuldschein soll b) den Gegenstand des gegebenen Darleihens, ob er im Gelde oder in anderen verbrauchbaren Sachen, in Waaren oder Privat-Schuldscheinen ganz oder zum Theil bestehe, wie auch den wahren Betrag hiervon deutlich angeben, weil die Rechte und Verbindlichkeiten nach Verschiedenheit des Gegenstandes und Betrages verschieden sind (§§. 986 — 991).

4) Eben so wichtig ist bey einem Gelddarleihen c) die Angabe der Gattung des Geldes, ob der Vertrag über bestimmte gegebene Münzsorten, oder in klingender Münze überhaupt, oder in öffent-

lichen Schuldscheinen und von welcher Art abgeschlossen worden sey (§§. 986 — 990).

5) Endlich d) müssen alle auf die Hauptschuld oder Zinsen sich beziehende Verbindlichkeiten redlich und deutlich ausgedrückt werden, als: in welcher Währung die Rückzahlung des Capitals, ob keine, oder welche Zinsen, und in welcher Währung sie bedungen werden; in was für einer Art das Capital oder die Zinsen, und wo sie zu bezahlen; oder was für Nebenbedingungen für sich oder für Andere verabredet worden seyen. Nur in so fern die Parteyen es bey der gesetzlichen Bestimmung belassen wollen, ist eine ausdrückliche Bestimmung unnöthig [1]).

6) Was die äußere Form einer solchen Schuldurkunde anbelangt, so weiset der gegenwärtige §. auf die Vorschriften der Gerichtsordnung. Der §. 114 derselben [2]) verlangt nähmlich die durchaus eigenhändige Ausstellung und Fertigung des Schuldners, oder neben der Fertigung des Ausstellers auch die von zwey Zeugen. Da Darleihensverträge im gemeinen Leben am gewöhnlichsten vorkommen, bey Schließung derselben aber auch sehr häufig Leichtsinn und wucherliche Bedrückung unterlaufen; so wollte der Gesetzgeber auch durch Festsetzung einer äußeren Form dem allzuleichten Spiele der Gewinnsucht und dem Mißbrauche bloßer Blanquete oder anderen in der Hoffnung eines Geldempfanges ausgestellten Urkunden begegnen [3]).

7) Hat nun aber der Schuldbrief die hier berührten äußeren Förmlichkeiten, so macht er gegen den Aussteller einen vollständigen Beweis, d. h. es muß angenommen werden, daß alles dasjenige, was in dem Schuldscheine zum Nachtheile des Schuldners enthalten ist, auch wahr sey. — Es muß also auch vorausgesetzt werden, daß derjenige, welcher sich in dem Schuldscheine als der Anleiher darstellte, und sich als solcher unterfertigte, auch wirklich der wahre Schuldner, und daß derjenige, der in demselben als Darleiher benannt ist, auch der wahre Gläubiger

1) Ich bin hier bey Auseinandersetzung des ersten Absatzes dieses §. ganz dem Commentare des Hrn. Hofrathes v. Zeiller gefolgt, weil sich im wesentlichen schwerlich etwas anders hierüber sagen läßt.

2) §. 132 der gallizischen G. O.

3) Siehe Pratobevera's Materialien 1. B. S. 21.

sey; es muß ferners als richtig angenommen werden, daß der Gegenstand und Betrag des Darleihens kein anderer sey, als wie er in dem Schuldscheine angegeben ist, und daß, in Ansehung der Nebenbedingnisse, der Darleihensvertrag gerade so abgeschlossen worden sey, wie der Schuldschein lautet. — Es entsteht nun aber die Frage, was das Gesetz eigentlich ausdrücken wollte, daß es die hier aufgeführten inneren Eigenschaften als Erfordernisse zur vollständigen Beweiskraft der Urkunde darstellet, da, wenn die Urkunde die äußeren Förmlichkeiten hat, der Inhalt, wenigstens gegen den Aussteller, als wahr angenommen werden muß; folglich der Umstand, daß in dem Schuldscheine der wahre Schuldner und Gläubiger benannt, dann die Gattung und der Betrag des Darleihens, so wie die Nebenbedingungen genau so angegeben erscheinen, wie sie gegeben und verabredet wurden, doch nicht wieder durch einen weiteren Beweis, außerhalb der Urkunde, in Richtigkeit zu stellen sind? Ich glaube, es verhalte sich hier, in Bezug auf diese inneren Erfordernisse eines Schuldscheines, ganz so, wie in Betreff der Beweiskraft der Handlungsbücher. — Zur (halben) Beweiskraft dieser Handlungsbücher wird nähmlich unter Andern auch erfordert, daß dieselben ordentlich alles enthalten, was dem Kaufmanne zur Last, und was ihm zu Guten kömmt [1]). Nun kann man doch unmöglich von dem Handelsmanne, der sein Handlungsbuch als Beweismittel benützen will, fordern, daß er vorerst den Beweis herstelle, daß er in seinem Handlungsbuche nichts einzutragen unterlassen habe, was ihm zur Last, und was ihm zu Guten kommt; könnte aber der Gegner eine unordentliche Führung des Handlungsbuches in diesem Puncte durch besondere Daten nachweisen, folglich den Beweis herstellen, daß dem Handlungsbuche dieses Erforderniß mangle, dann würde dasselbe auch die Beweiskraft verlieren. — Ein Gleiches muß hier in Ansehung dieser inneren Erfordernisse des Schuldscheines behauptet werden. — Könnte nähmlich der Schuldner nachweisen, daß der Schuldschein eine Unwahrheit enthalte, daß z. B. der Gegenstand des Darleihens nicht richtig angegeben worden

1) §. 119 der G. O. lit. b.

sey, indem nicht lauter bares Geld, wie darin vorkömmt, sondern mitunter auch Staats-Schuldscheine zugezählt worden seyn; so würde der Schuldschein seine Beweiseskraft verlieren, und die übrigen von dem Schuldner in Abrede gestellten Umstände müßten, in so weit sie von den gesetzlichen Bestimmungen abweichen, von dem Gläubiger auf eine andere Art bewiesen werden.

8) Es geschieht öfters, daß Schuldscheine, in der Hoffnung, das Geld zu erhalten, früher ausgestellt werden, als das Geld wirklich zugezählt worden ist. — Die römischen Gesetzgeber nehmen sogar an, daß dieses gewöhnlich geschehe; sie sahen daher, wenn auch in dem Schuldscheine der Empfang des Geldes ausdrücklich bestätiget war, die Zuzählung des Geldes als ein neues Factum an, das, wenn der Schuldner dasselbe in Abrede stellte, außer dem Schuldscheine insbesonders erwiesen werden müsse. — Dieser dem Schuldner mit der Wirkung gestattete Widerspruch, daß der Gläubiger die Zuzählung des Geldes außer dem Schuldscheine erweisen mußte, hieß exceptio non numeratae pecuniae privilegiata. Eine exceptio non numeratae pecuniae findet auch nach österreichischem Rechte Statt, allein sie ist nicht privilegirt, das ist, nicht mit der Wirkung verbunden, daß sie den Beweis auf den Gläubiger wälzt, sondern der Schuldner, welcher sie der Klage des Gläubigers entgegensetzt, muß sie erweisen, vorausgesetzt, daß der Schuldschein an und für sich Glauben verdienet.

Scala

über den Curs der Banco-Zettel, nach welchem die Zahlungen zufolge des Paragraphs 13 und 14 des Patentes vom 20. Hornung 1811 zu leisten sind.

Monathe	Jahre												
	1799	1800	1801	1802	1803	1804	1805	1806	1807	1808	1809	1810	1811
Jänner	103	113	116	119	130	134	133	147	190	204	221	469	500
Februar	103	113	115	119	129	135	132	148	203	209	234	398	500
März	105	114	114	118	127	134	129	149	206	210	248	331	500
April	108	114	115	118	129	135	129	152	208	212	252	347	
May	107	116	115	118	130	135	129	160	206	216	276	375	
Juny	107	115	115	119	131	134	130	163	203	238	333	395	
July	106	115	116	120	132	135	132	184	197	242	315	405	
August	108	115	116	122	133	135	135	160	194	236	299	448	
Septemb.	110	115	116	125	132	134	136	170	201	233	310	490	
October	111	115	117	126	131	132	144	176	203	231	314	500	
November	113	115	117	128	132	131	145	175	202	220	346	500	
December	113	118	117	128	133	132	149	184	203	222	405	500	

[Zum §. 1001 gehörig.]

Zwey und zwanzigstes Hauptstück.

Von der Bevollmächtigung und anderen Arten der Geschäftsführung.

§. 1002.

Bevollmächtigungsvertrag.

Der Vertrag, wodurch Jemand ein ihm aufgetragenes Geschäft im Nahmen des Anderen zur Besorgung übernimmt, heißt Bevollmächtigungsvertrag.

1) Das gegenwärtige Hauptstück umfaßt zwey Haupttheile, wovon nur der erstere (§§. 1002 — 1034) als ein eigentlicher Vertrag, die Geschäftsführung ohne Auftrag aber als ein vertragsähnliches Geschäft anzusehen ist. — Die Bevollmächtigung aber ist, in Rücksicht ihres Entstehungsgrundes, theils eine Privat-Bevollmächtigung, theils eine öffentliche vom Gesetze oder Gerichte (§. 1034).

2) Die Willenserklärung, wodurch Einer dem Andern das Recht ertheilt, ein Geschäft in seinem Nahmen zu betreiben, wird Auftrag oder Vollmacht genannt. — Wird nun von Seite des Anderen der Auftrag auch angenommen, so ist unter beyden Theilen ein Vertrag vorhanden, und dieser heißt dann Bevollmächtigungsvertrag. Sowohl der Auftrag als die Annahme desselben können entweder ausdrücklich, oder auch stillschweigend durch solche Handlungen erklärt werden, welche mit Ueberlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund daran zu zweifeln übrig lassen (§. 863). Von stillschweigenden Vollmachten wird in diesem Hauptstücke insbesonders in den §§. 1027 — 1033 gehandelt. — Eine stillschweigende Annahme wäre vorhanden, wenn Jemand die Vollmachtsurkunde von dem anwesenden Eigenthümer (§. 1003) unbedingt ohne Widerrede übernimmt, oder auf dessen Ersuchen die Besorgung bereits angefangen hat.

3) Von wem, und über welche Geschäfte ein Vollmachtsvertrag überhaupt gültig geschlossen werden könne, ist aus den allgemeinen Vorschriften abzunehmen. Ausgenommen sind solche Geschäfte, welche vermög der Gesetze nur von einem gewissen Stande oder Gewerbe geführt werden dürfen, z. B. vermög der Gerichtsordnung von Advocaten, oder vermög politischer Gesetze nur von Agenten [1]).

§. 1003.

Personen, welche zur Besorgung bestimmter Geschäfte öffentlich bestellt worden, sind schuldig, über einen darauf sich beziehenden Auftrag ohne Zögerung gegen den Auftragenden sich ausdrücklich zu erklären, ob sie denselben annehmen oder nicht; widrigen Falls bleiben sie dem Auftragenden für den dadurch veranlaßten Nachtheil verantwortlich.

1) Solche Personen sind vorzüglich Advocaten und Agenten. Wenn ein Advocat um die Vertretung angegangen wird, soll derselbe zuvörderst erwägen, ob der Rechtshandel gerecht und billig, und daher zur Vertretung geeignet sey [2]). Er soll aber der ansuchenden Partey die Vertretung ohne gegründete Ursachen nicht verweigern. Sollte sich der Fall ergeben, daß der Advocat die Vertretung einer gerechten Sache bloß wegen persönlicher Rücksicht gegen das Ansehen und den Charakter desjenigen, gegen den er die Vertretung übernehmen soll, verweigerte, oder in derselben nicht nach seiner Pflicht vorginge; so wäre ein solcher Advocat zur Verantwortung und Strafe zu ziehen [3]). So wenig aber der Advocat die Vertretung einer gerechten Sache ohne gegründete Ursache von sich weisen darf, eben so wenig, und noch weniger darf er einen Prozeß, in welchem ein offenbares Unrecht vertheidiget werden will, annehmen;

1) V. Zeillers Commentar Nr. 4.
2) Allg. G. O. §. 412.
3) Hofdecret vom 15. September 1783; J. G. S. Nr. 127.

und wenn er dieses dessenungeachtet, es sey solches aus Unwissenheit oder Gewinnsucht, thäte; so hat diejenige Stelle, bey welcher derley Prozesse entschieden werden, einen solchen Advocaten der Appellationsstelle anzuzeigen, diese aber hat alsdann, nach Maß des Vergehens, entweder mit einer angemessenen Geldstrafe vorzugehen, oder denselben von der Advocatur auf eine Zeit oder auf immer auszuschließen [1]). Bey einem mündlichen Auftrage zeigt sich, wie v. Zeiller bemerkt, sogleich, ob der Auftrag ausdrücklich oder wenigstens stillschweigend angenommen werde oder nicht. Wenn aber der Auftrag schriftlich geschieht, und keine Antwort erfolgt: so schwebt der Auftragende in einer Ungewißheit, die ihm, er mag nun in der Vermuthung, daß der Auftrag übernommen, oder daß er abgelehnt werde, das Geschäft entweder besorgen oder nicht, immer Nachtheil zuziehen kann. Der Gesetzgeber hielt es daher für recht und billig, diese Personen für einen solchen Nachtheil verantwortlich zu machen; eben weil wegen ihrer öffentlichen Bestellung Jedermann berechtiget ist, sich in darauf Beziehung habenden Geschäften an sie zu wenden.

2) Das Gesetz fordert eine ausdrückliche Erklärung. Die Entschuldigung des Bestellten, daß er den Auftrag stillschweigend übernommen, und der Führung des Geschäftes sich bereits unterzogen habe, würde ihm also, wenn der Machtgeber inzwischen andere Vorkehrungen getroffen, oder aus Abgang der Erklärung ihm die weiteren Vorschriften zu ertheilen unterlassen hätte, von der Haftung um so weniger freysprechen, als ein mit solchen Personen eingegangener Bevollmächtigungsvertrag ein entgeldlicher ist (§. 1004), in welchem daher auch der Machtgeber als Versprecher erscheint, und in der Regel ein schriftliches Versprechen binnen der im §. 862 bestimmten Frist angenommen werden muß, widrigens es als erloschen anzusehen ist. Der Machtgeber könnte daher mit mehrerem Rechte aus dem Stillschweigen dieser Personen auf die Nichtannahme der Bevollmächtigung schließen. — Letztere können aber für sich die

1) Allg. G. O. §. 428.

Anordnung des §. 862 nicht benützen, weil es nicht so, wie einem Anderen, dem ein Versprechen gemacht wurde, in ihrer Willkühr steht, ob sie die Bevollmächtigung annehmen wollen oder nicht.

3) Die Erklärung soll ohne Zögerung geschehen, d. i. ohne unnöthigen Aufschub (§. 904). Damit aber diese Personen in den Stand gesetzt seyn, sich über die Annahme oder Nichtannahme erklären zu können, wird erfordert, daß sie mit dem Geschäfte, welches sie übernehmen sollen, genau bekannt gemacht werden. — Auch ist es Sache des Machtgebers, sich von der richtigen Zustellung des Auftrages genau zu versichern. — — Derjenige, der behauptet, daß er aus der Zögerung einen Nachtheil erlitten habe, muß ihn beweisen (§. 1296).

§. 1004.

Eintheilung der Bevollmächtigung in eine unentgeldliche oder entgeldliche.

Wird für die Besorgung eines fremden Geschäftes entweder ausdrücklich, oder nach dem Stande des Geschäftsträgers auch nur stillschweigend eine Belohnung bedungen; so gehört der Vertrag zu den entgeldlichen, außerdem aber zu den unentgeldlichen.

1) Es wird vermuthet, daß der Bevollmächtigungsvertrag unentgeldlich geschlossen werde. Indessen gehört dieses nicht zur Wesenheit des Bevollmächtigungsvertrages; denn es kann nicht nur allein eine Belohnung ausdrücklich, sondern nach dem Stande des Bevollmächtigten auch stillschweigend bedungen werden, wenn nähmlich der Bevollmächtigte eine Person ist, die aus der Betreibung solcher Geschäfte, wie derselben von dem Machtgeber übertragen worden sind, einen Erwerb zieht. — Die Belohnung kann entweder bestimmt (numerisch) bedungen seyn oder nicht. Im ersteren Falle ist das Vertragsverhältniß zugleich aus den Vorschriften über entgeldliche Dienstleistungen (§. 1163) zu beurtheilen; im letzteren Falle dagegen ist das Maß der Belohnung aus dem Gesetze (wie z. B. der Mäkler-

lohn für die Unterhandlung eines Gelddarleihens [1]) der Beschaffenheit der Personen, und der Mühewaltung allenfalls von dem Richter zu bestimmen. — Belohnungen, welche, ohne ausdrücklich oder stillschweigend bedungen zu seyn, für die Besorgung von Geschäften gegeben werden, gehören in die Classe der belohnenden Schenkungen [2]) (§. 940).

2) Insbesonders ist in Ansehung der Belohnung der Advocaten Folgendes vorgeschrieben:

Jede Partey kann die Mäßigung der ihr von ihrem Rechtsfreunde aufgerechneten Gebühren von Seite des Richters verlangen [3]). Bey Vornahme dieser Mäßigung ist niemahls die Anzahl der Bogen ihrer Schriften, noch auch die der Tagsatzungen zur Grundlage zu nehmen, sondern die Arbeit der Advocaten immer nur nach dem wesentlichen Verdienste zu schätzen, selbst ohne Rücksicht auf das, was dießfalls zwischen dem Advocaten und der Partey bedungen worden wäre [4]). In dieser Bestimmung sollen von dem Richter folgende Rücksichten beobachtet werden: a) ob der Advocat zur Herbeyschaffung der Behelfe und sonstiger Vorbereitung, auch gründlicher Belegung seiner Satzschriften besondere Mühe angewendet habe; b) ob aus dem Inhalte der verfaßten Schrift ein ausnehmender Fleiß und ganz vorzügliche Geschicklichkeit hervorleuchte; c) ob er den Prozeß mit möglichster Genauigkeit und Beförderung abgeführt habe; d) ob er sich hierbey durchaus in Folge der Gerichtsordnung benommen habe; e) ob nicht der Vermögensstand der Partey eine genauere Mäßigung fordere [5]). Es ist auch jeder Advocat verpflichtet, bey Ueberreichung der letzten Schrift, wie auch bey der Appellations- und Revisionsschrift seine Gebühren zu verzeichnen, und dieses Verzeichniß den Acten beyzulegen; und eben also am Ende der Tagsatzung, worüber ein Erkenntniß erfolgt,

1) Wucherpatent §. 21.

2) Offenbar gehört es zu den Druck- oder Schreibfehlern, wenn es in dem v. Zeiller'schen Commentare, 3. B., S. 273 heißt: »Eine ausbedungene Belohnung gehört zu den belohnenden Schenkungen.«

3) Allg. G. O., §. 425.

4) Ebenda, §. 426.

5) Ebenda, §. 427.

die Anforderung seiner Gebühren beybringen, und entweder schriftlich oder mündlich zu Protocoll anzuzeigen [1]). Würde er dieses vernachlässigen, so könnte der Gegner in den Ersatz der Prozeßkosten nicht verfället werden, und es würde daher der Advocat (vorausgesetzt, daß der Gegner in die Gerichtskosten zu verfällen wäre) des Rechtes, von seiner Partey die Bezahlung der bestrittenen Kosten und seines Verdienstes zu fordern, verlustig, und die Partey wäre sogar berechtiget, die bereits geleistete Zahlung zurück zu begehren [2]). So oft der Richter den Sachfälligen in den Ersatz der Unkosten zu verurtheilen hat, werden die angesetzten Gebühren des gegentheiligen Advocaten wider den Sachfälligen in dem Spruche selbst gemäßiget [3]).

§ 1005.

In mündliche oder schriftliche.

Bevollmächtigungsverträge können mündlich oder schriftlich geschlossen werden. Die von dem Gewaltgeber dem Gewalthaber hierüber ausgestellte Urkunde wird Vollmacht genannt.

1) Das Gesetz beläßt es hier bey der allgemeinen Regel, daß Verträge mündlich oder schriftlich errichtet werden können (§. 883). Indessen ist eine schriftliche Vollmacht dem Machthaber hauptsächlich zu dem Ende nöthig, daß er sich bey Gerichte oder anderen Personen, vor welchen er als Stellvertreter des Machtgebers erscheinen soll, als solcher ausweisen könne. Die äußere Form der Urkunde ist aus den §§. 884 und 886 des b. G. B., und aus dem §. 114 der a. G. O. zu entnehmen.

2) Aus obigem Grunde ist daher in allen Fällen, wo Geschäfte gerichtlich abgeschlossen werden sollen, auch eine schriftliche Vollmacht erforderlich. — Darum hat sich auch der Advocat, wenn er sich entschlossen hat, die Vertretung anzunehmen, sogleich mit einer schriftlichen Gewalt und Vollmacht zu verse-

1) Allg. G. O. §. 424.
2) Resolution vom 14. Juny 1734 lit. e. J. G. S. Nr. 506.
3) Allg. G. O. §. 425.

hen, welche von jeder einzelnen Partey zu unterfertigen ist. Diese Gewalt und Vollmacht soll der Advocat nicht annehmen, es sey denn in selber einerseits ein Substitut ernannt, oder die Befugniß, einen Anderen zu substituiren, ertheilet, andererseits muß diese Vollmacht auch auf die Erben des Gewaltgebers gerichtet seyn [1]). Diese Vollmacht muß entweder eine Generalvollmacht seyn, also auf das Recht zur Vertretung in allen Rechtsangelegenheiten des Gewaltgebers lauten, oder sie muß eine Specialvollmacht, d. h. ausdrücklich auf den vorliegenden Rechtsfall ertheilt seyn [2]). Wird die Vollmacht von einer Gewerkschaft oder Handlung ausgestellet; so ist es genug, wenn der Gewerksverweser oder der Firmaführer sie im Nahmen des Gewerkes oder der Handlung unterfertiget [3]). Für alle Fälle, in denen der Vertreter der Partey mit der Vollmacht derselben versehen seyn muß, ist zu bemerken, daß die Vollmacht im Originale oder in beglaubter Abschrift, in welcher sich auf das Original und den classenmäßigen Stämpel bezogen seyn muß, beyzubringen sey [4]). Bey mündlichen Verhandlungen, wo die Parteyen und ihre Vertreter persönlich vor Gericht erscheinen, ist die Beybringung schriftlicher Vollmachten überflüssig [5]). Erscheint aber der Advocat bey einer Tagsatzung ohne die Partey, und ist von selber mit einer ordentlichen Vollmacht nicht versehen; so kann mit selbem die Nothdurftshandlung nicht aufgenommen, oder wenigstens das Urtheil, bevor dieselbe binnen einer zu bestimmenden Frist nachgetragen wird, nicht geschöpfet werden [6]). Sind Schriften zu erstatten, so muß in der Regel die Vollmacht von dem Advocaten in jedem Rechtshandel der erstatteten ersten Schrift beygelegt werden [7]). Sind aber alle Satzschriften von dem Vertreter und der Partey eigenhändig unterschrieben, so ist

1) Allg. G. O. §. 416.
2) Resolution vom 14. Juny 1784 lit. a.
3) Pat. vom 1. Nov. 1781 §. 30; vom 9. April 1782 §. 13.; dann 27. Jänner und 20. Dec. 1794 §. 1201 des b. G. B.
4) Hofdecret vom 23. July 1813 Nr. 1067.
5) Hofdecret vom 9. Nov. 1811; J. G. S. Nr. 961.
6) Hofdecret vom 30. Nov. 1789; J. G. S. Nr. 1081.
7) Hofdecret vom 14. July 1784; J. G. S. Nr. 306 lit. a.

die Vollmacht bloß vor Zustellung des Urtheiles abzufordern; die Entscheidung der Hauptsache darf deßwegen nicht verzögert werden [1]). Sonst soll keine Schrift, ausgenommen in wichtigeren Fällen, und wo der Verzug mit einer Gefahr verknüpfet ist, angenommen werden, welche nicht mit einer ordnungsmäßigen Vollmacht belegt ist [2]).

3) Es gibt einige Fälle, wo Vollmachten auch mit besonderen Förmlichkeiten versehen seyn müssen. Vollmachten, welche aus Ländern und Gegenden herrühren, die der Bothmäßigkeit der kaiserl. ottomanischen Pforte unterworfen sind, und wo sich eine k. k. Gesandtschaft oder ein österr. Consulat befindet, müssen, so oft es sich um das Recht der k. k. Unterthanen handelt, von gedachten Gesandtschaften oder Consulaten selbst ausgestellt, oder wenn sie in Erbstaaten ansässige Fremde betreffen, doch wenigstens von Ersteren ordentlich legalisirt seyn [3]). Die Vollmacht eines österreichischen Unterthans zur Behebung eines ihm im Auslande zukommenden Erbantheiles oder in ähnlichen Fällen soll jedesmahl, nebst der Fertigung der Unterbehörde, auch mit der ordnungsmäßigen Legalisirung des k. k. Appellationsgerichtes versehen seyn [4]). Vollmachten, welche zur Bewirkung von Eigenthums-Anschreibungen, Intabulationen oder Extabulationen dienen sollen, müssen, wenn sie in einer fremden Provinz ausgestellt sind, gerichtlich legalisiret werden [5]). Nach der Analogie dieser Anordnung wird die Legalisirung der Vollmachten auch bey Erhebung von Geldbeträgen, und überhaupt in wichtigeren Angelegenheiten gefordert.

§. 1006.

In allgemeine oder besondere.

Es gibt allgemeine und besondere Vollmachten, je nachdem Jemanden die Besorgung aller, oder

5 *

1) Hofdecret vom 9. Nov. 1811; J. G. S. Nr. 961.
2) Allg. G. O. §. 416.
3) Hofdecret vom 13. Jänner 1809; J. G. S. Nr. 880, 8. Febr. 1812; J. G. S. Nr. 971 und 16. April 1818; J. G. S. Nr. 1036.
4) Hofdecret vom 11. Nov. 1825; J. G. S. Nr. 2144.
5) Siehe §§. 434 und 435 Nr. 2.

nur einiger Geschäfte anvertraut wird. Die besonderen Vollmachten können bloß gerichtliche oder bloß außergerichtliche Geschäfte überhaupt; oder sie können einzelne Angelegenheiten der einen oder andern Gattung zum Gegenstande haben.

Allgemeine Vollmachten sind solche, wo der Machtgeber dem Machthaber die Besorgung seiner Geschäfte überhaupt überträgt, ohne sich auf bestimmte Gattungen von Geschäften, noch weniger auf bestimmte einzelne Geschäfte zu beschränken. — Sie werden, wie v. Zeiller bemerkt, von Privaten selten ertheilet; häufiger kommen besondere (specielle) Vollmachten vor, die entweder auf die Besorgung gewisser Gattungen der Geschäfte, z. B. Prozeßführungen, Gelderhebungen u. s. w. oder auf die Besorgung bestimmter, einzelner Geschäfte lauten.

§. 1007.

Unumschränkte oder beschränkte.

Vollmachten werden entweder mit unumschränkter oder beschränkter Freyheit zu handeln ertheilt. Durch die erstere wird der Gewalthaber berechtiget, das Geschäft nach seinem besten Wissen und Gewissen zu leiten; durch die letztern aber werden ihm die Gränzen, wie weit, und die Art, wie er dasselbe betreiben soll, vorgeschrieben.

Sowohl die allgemeinen als besonderen Vollmachten sind entweder unbeschränkt (mit freyer Gewalt cum libera), oder mit Beschränkung ertheilt, und die Beschränkung betrifft die Gränzen, oder auch die Art die Geschäfte zu betreiben, z. B. daß der Advocat einen bestimmten, oder alle entstehenden Prozesse führen, jedoch in dem Falle, als er in dem Urtheilsspruche zum Ersatze der Kosten verurtheilt würde, wegen Fortsetzung des Prozesses die weitere Information einhohlen soll, — daß der Machthaber die Grundstücke bloß bestellen, oder selbe, oder doch die Früchte

davon auch verkaufen, oder daß er unbewegliche Güter, aber nur von gewisser Art, oder nur um einen bestimmten Preis kaufen, oder den Kauf bloß unterhandeln dürfe u. dgl. [1]).

§. 1008.

Folgende Geschäfte: Wenn im Nahmen eines Andern Sachen veräußert, oder entgeldlich übernommen; Anleihen oder Darleihen geschlossen; Geld oder Geldeswerth erhoben; Prozesse anhängig gemacht; Eide aufgetragen, angenommen oder zurückgeschoben, oder Vergleiche getroffen werden sollen, erfordern eine besondere, auf diese Gattungen der Geschäfte lautende Vollmacht. Wenn aber eine Erbschaft unbedingt angenommen oder ausgeschlagen; Gesellschaftsverträge errichtet; Schenkungen gemacht; das Befugniß, einen Schiedsrichter zu wählen, eingeräumt, oder Rechte unentgeldlich aufgegeben werden sollen, ist eine besondere, auf das einzelne Geschäft ausgestellte Vollmacht nothwendig. Allgemeine, selbst unbeschränkte Vollmachten sind in diesen Fällen nur hinreichend, wenn die Gattung des Geschäftes in der Vollmacht ausgedrückt worden ist.

1) Das Gesetz zeichnet hier einige sehr wichtige und bedenkliche Gattungen der Geschäfte aus, welche unter einer allgemeinen, obgleich unumschränkten Vollmacht (außer dringenden Nothfällen §. 1009 Nr. 3) nie stillschweigend begriffen seyn sollen, sondern stets einer ausdrücklichen Erwähnung bedürfen. Bey einigen derselben ist auch eine bloße Bezeichnung der Gattung des Geschäftes nicht hinreichend; es muß das einzelne (individuelle) Geschäft bestimmt angegeben werden.

---

1) Siehe v. Zeiller's Commentar.

2) Von der ersten Art sind alle in der ersten Abtheilung dieses Paragraphes aufgezählten Gattungen der Geschäfte. Wer also eine allgemeine, obgleich unbeschränkte Vollmacht hat, darf doch Kraft derselben weder einen Tausch- oder Kaufvertrag eingehen, oder ein Darleihen weder als Gläubiger noch als Schuldner schließen, noch Geld oder Geldeswerth erheben, oder Prozesse anhängig machen. Da jeder Prozeß mit der Klage beginnt, so wird er eigentlich durch diese anhängig gemacht, und es kann sich daher gegenwärtige Vorschrift nur darauf beziehen, daß der Bevollmächtigte ohne besondere Befugniß nicht als Kläger im Prozesse auftreten dürfe. — Der allgemeine Ausdruck „Prozesse führen" scheint daher auch nicht hinreichend zu seyn, um dem Machthaber das Recht einzuräumen, auch als Kläger in einem Prozesse aufzutreten. — Mit dieser Vorschrift des Gesetzbuches steht der §. 385 der a. G. O. in Verbindung, zufolge welchem jede erste Verordnung, d. i. jeder erste richterliche Bescheid über eine Klage dem Geklagten jederzeit zu eigenen Händen zugestellt werden muß, und die Gerichte begnügen sich daher nicht, daß die Klage zu Handen des General-Bevollmächtigten des Geklagten zugestellt werde, wenn nicht in der Vollmacht die Befugniß ausdrücklich eingeschaltet ist, erste Verordnungen über Klagen anzunehmen. — Ist aber die Zustellung der Klage auf vorerwähnte Art geschehen, dann scheint es zu genügen, wenn die Einrede von dem General-Bevollmächtigten erstattet wird. — Eben so ungenügend ist eine allgemeine, obgleich unbeschränkte Vollmacht, wenn es sich darum handelt, in einem Prozesse dem Gegner den Eid aufzutragen, oder einen von diesem aufgetragenen Eid anzunehmen, oder ihn zurückzuschieben. — Darum werden diese Befugnisse auch fast immer in der Advocaten-Vollmacht eingeschaltet. — Würde aber in der Vollmacht von diesen Befugnissen nichts vorkommen, und der Advocat dennoch dem Gegner den Haupteid auftragen; so könnte der Richter hierauf nicht erkennen. — Wurde aber der Haupteid von dem Gegner aufgetragen, und der mit der speciellen Vollmacht zur Annahme eines solchen Eides nicht versehene Rechtsfreund würde sich in der Satzschrift zur Ablegung desselben

ben bereit erklären, so wird dieses den Richter nicht hindern, darauf zu erkennen; indem die in der Satzschrift erklärte Annahme des Haupteides die Partey nicht hindert, diesen Haupteid in der Folge ausdrücklich oder stillschweigend zurückzuschieben, und es nicht in der Willkühr desjenigen, dem der Haupteid aufgetragen wird, liegt, diese Beweisführung überhaupt zuzulassen, oder selbe hintanzuweisen. — Denn, wenn sich derselbe in dem Prozesse nicht angebothen hat, sein Gewissen mit einem Gegenbeweise zu vertreten, so muß er für alle Fälle von dem Richter verurtheilet werden, den Eid anzunehmen, oder ihn dem Gegner zurückzuschieben [1]). Jener, welcher den Haupteid anzunehmen oder zurückzuschieben schuldig erkannt worden ist, muß binnen 3 Tagen, nachdem das Urtheil in die Rechtskräfte erwachsen ist, oder wenn der Spruch in letzter Instanz ergangen ist, binnen 14 Tagen vom Tage des zugestellten Spruches bey Gerichte schriftlich erklären, ob er den Eid annehmen oder zurückschieben wolle [2]). Dieser Erklärung hätte dann der Advocat die Special-Vollmacht beyzulegen, wenn sie nicht schon in der General-Vollmacht eingeschaltet ist, oder wenigstens die Erklärung von der Partey eigenhändig unterfertigen zu lassen [3]). Würde der Advocat weder das eine noch das andere thun, so müßte die Erklärung zurückgewiesen, und ihm aufgetragen werden, die Special-Vollmacht seiner Partey beyzubringen. Dieses hätte, nach der Vorschrift des gegenwärtigen §., sogar dann zu geschehen, wenn der Eid zurückgeschoben würde. — Es frägt sich nun hier, wie sich diese im gegenwärtigen §. ausgesprochene Vorschrift mit dem §. 209 der G. O. in Uebereinstimmung bringen lasse, zufolge welchem das bloße Stillschweigen des Advocaten während der in diesem §. der G. O. bestimmten Zeitfrist schon genügt, um den Eid für zurückgeschoben zu halten? — Die Antwort hierauf ist: Wer sich einmahl erkläret hat, den Eid zurückschieben zu wollen, kann ohne Zweifel diese Erklärung nicht mehr zurücknehmen. Um daher auf den Grund dieser ausdrücklichen

1) Allg. G. O. §. 205.
2) Ebenda §. 209.
3) Nach der Analogie des Hofdecretes vom 22. May 1782; J. G. S. Nr. 1013.

Erklärung den Gegner zur Ablegung des Eides zulassen zu können, fordert das Gesetz die auf diesen Act besonders lautende Vollmacht der Partey, und da eine solche Erklärung des Advocaten ohne diese Vollmacht unwirksam ist, so kann, ungeachtet dieser überreichten Erklärung, noch immer der Haupteid von der Partey vor Auslauf der bestimmten Frist rechtsgültig angenommen werden. Ist aber die Frist ohne alle Erklärung verstrichen, so treten die Contumazial-Folgen ein, die sich jede Partey gefallen lassen muß. Eine besondere Vollmacht ist auch zur Schließung von Vergleichen erforderlich. Da der §. 203 der Gerichtsordnung sagt, daß jene Partey, welche die Streitsache zu vergleichen berechtiget wäre, auch befugt sey, dem Gegner den Haupteid über jene Geschichtsumstände, welche dieser widersprochen hat, aufzutragen; so scheint es, daß in der Vollmacht, einen Vergleich einzugehen, auch die Befugniß, Eide aufzutragen, anzunehmen oder zurückzuschieben enthalten sey. — Allein diese Meinung wäre gewiß irrig; denn die Gerichtsordnung spricht nur von der Partey selbst, und hat dabey die Fähigkeit derselben, mit ihrem eigenen Vermögen nach Belieben zu schalten, vor Augen. Auf den Bevollmächtigten bezieht sich diese Vorschrift nicht.

3) Wenn also der Machtgeber Willens ist, seinen Machthaber ein Geschäft der Art, wie hier vorgekommen, zu übertragen; so steht es ihm frey, die Vollmacht auf das individuelle Geschäft, das ihm übertragen werden soll, zu beschränken, oder ihm überhaupt in selber das Befugniß zur Eingehung solcher Gattungen von Geschäften einzuräumen, unter welche das in Rede stehende gehöret. — Es ist in der Hauptsache einerley, ob hierüber besondere Vollmachten ausgefertigt, oder ob in der allgemeinen Vollmacht diese Gattungen der Geschäfte besonders aufgeführet werden. Andere im gegenwärtigen §. nicht angeführte Rechtsgeschäfte, z. B. eine Annahme von Schenkungen, die bedingte Annahme einer Erbschaft (§. 802), ein Verwahrungs-, Leih- oder Miethvertrag u. dgl., wodurch kein eigenthümliches Gut des Machtgebers veräußert, oder fremdes Gut

entgeldlich übernommen wird, sind schon in der allgemeinen Vollmacht gültig begriffen.

4) Bey dem in der zweyten Abtheilung des gegenwärtigen Paragraphes benannten Geschäften aber ist nicht einmahl eine besondere, bloß die Gattung des Geschäftes bezeichnende Vollmacht, als: Erbschaften überhaupt unbedingt, anzunehmen oder auszuschlagen; Gesellschaftsverträge zu errichten; Schenkungen zu machen; das Befugniß, einen Schiedsrichter zu wählen; Rechte unentgeldlich aufzugeben, hinreichend; sondern es muß bestimmt ausgedrückt werden, wessen Verlassenschaft unbedingt anzunehmen oder auszuschlagen sey, welcher Gesellschaftsvertrag, und mit wem einzugehen, — wem etwas zu schenken; in welcher Streitsache ein Schiedsrichter zu wählen, und welche Rechte unentgeldlich aufzugeben seyn. — Es liegt in der Natur der Sache, daß die Vollmacht, eine Erbschaft unbedingt anzunehmen, schriftlich ausgefertigt werden müsse, weil die dießfällige Erklärung dem Gerichte überreicht wird, und selbe von diesem nicht angenommen werden würde, wenn sich nicht mit der schriftlichen Vollmacht hierzu ausgewiesen wird; eben so scheint es, daß Vollmachten, Jemanden etwas zu schenken, schriftlich errichtet werden müssen. Denn ein Versprechen, welches durch einen Bevollmächtigten gemacht wird, ist aus zweyen Willensäußerungen zusammengesetzt, nähmlich: a) aus der Willensäußerung des Machtgebers, als eigentlichen Schenkers, gemäß welcher er den Machthaber berechtiget, in seinem Nahmen eine Schenkung zu machen, und b) aus der des Machthabers, gemäß welcher er von diesem Befugnisse wirklich Gebrauch macht, und die dem Machthaber angehörige Sache einer bestimmten Person unentgeldlich zu überlassen, erkläret. Nur diese beyden Willensäußerungen, in Vereinigung gedacht, stellen das Versprechen dar, aus dessen Annahme für den Beschenkten ein Recht erwächst. — Wird daher die Bevollmächtigung zur Schenkung nur mündlich abgegeben, und erst von dem Bevollmächtigten eine schriftliche Urkunde errichtet; so kann man nicht sagen, daß das Recht des Geschenknehmers durch eine schriftliche Urkunde begründet werde, weil dieses nicht nur auf der Erklärung des Bevollmächtigten, sondern auch auf der

Erklärung des Machtgebers beruht. — Vergleiche setzen ein wechselseitiges Aufgeben von vermeintlichen oder wirklichen Rechten voraus (§. 1380), und man muß sie daher sorgfältig von jenen Handlungen unterscheiden, wo nur ein Theil Rechte aufgibt, ohne dafür etwas zu empfangen; welche Handlungen im gemeinen Leben ebenfalls oft Vergleiche genannt zu werden pflegen, und die selbst in der Gerichtsordnung (§. 298) davon nicht ausgeschlossen werden, indem hier mehr auf die Form als die Wesenheit dieses Rechtsgeschäftes gesehen wird. — Wenn z. B. A gegen den B eine Schuldforderung von Ein tausend Gulden einklagt, der B die Richtigkeit derselben auch bey der Tagsatzung eingesteht, aber dem A seine mißlichen Vermögensverhältnisse zu Herzen führt, wodurch dieser bewogen wird, die Hälfte dieser Forderung nachzusehen, welche ihm dann der B auch binnen einer bestimmten Zeit zu zahlen zusichert, — so wird das hierüber getroffene gerichtliche Uebereinkommen gleichfalls ein Vergleich genannt; es ist aber nach den Begriffen, die das bürgerliche Gesetzbuch aufstellt, kein Vergleich, sondern eine unentgeldliche Aufgebung von Rechten, und es wäre daher in diesem Falle eine Vollmacht, die auf Schließung von Vergleichen überhaupt lautet, nicht hinreichend. — Welche Eigenschaften eine Vollmacht haben müsse, die zur Schließung eines Ehevertrages ausgestellt wird, ist §. 76 vorgekommen.

5) In dem 16. Hauptstücke, von der Gemeinschaft des Eigenthums und anderer dinglichen Rechte, kommen auch mehrere Fälle vor (§§. 835 — 842), in welchen die Theilhaber angewiesen sind, die zwischen ihnen vorfallenden Streitigkeiten durch das Loos entscheiden zu lassen. Es entsteht nun die Frage, ob eine allgemeine, unbeschränkte Vollmacht genügend sey, um diese Art der Entscheidung eintreten zu lassen? — Diese Frage scheint offenbar verneinend beantwortet werden zu müssen; denn wer die Entscheidung des streitigen Falles dem Loose anvertraut, begibt sich wenigstens bedingt seines wirklichen oder vermeintlichen Rechtes, ohne dafür Entgeld zu empfangen. Es ist daher dieser Fall unter dem in diesem §. ausdrücklich berührten, wenn Rechte unentgeldlich aufgegeben werden sollen, begriffen. — Wenn daher Je-

mand für einen Anderen eine solche Zustimmung abgeben soll, so muß entweder die Vollmacht ausdrücklich darauf lauten, daß er die Entscheidung dem Loose anvertrauen könne, oder es muß diese Vollmacht darauf lauten, daß er das Recht, um das es sich handelt, unentgeldlich aufgeben dürfe.

6) Der Schlußsatz des gegenwärtigen §., daß allgemeine, selbst unbeschränkte Vollmachten in diesen Fällen nur hinreichend seyn, wenn die Gattung des Geschäftes in der Vollmacht ausgedrückt worden ist, — kann sich offenbar nur auf den ersten Absatz desselben beziehen; denn wollte man diese Vorschrift, durch das beziehende Fürwort diese verleitet, auch auf die zweyte Abtheilung beziehen, so würde gerade dasjenige wieder aufgehoben, was der Gesetzgeber hier angeordnet hat.

§. 1009.

Rechte und Verbindlichkeiten des Gewalthabers.

Der Gewalthaber ist verpflichtet, das Geschäft seinem Versprechen und der erhaltenen Vollmacht gemäß, emsig und redlich zu besorgen, und allen aus dem Geschäfte entspringenden Nutzen dem Machtgeber zu überlassen. Er ist, ob er gleich eine beschränkte Vollmacht hat, berechtiget, alle Mittel anzuwenden, die mit der Natur des Geschäftes nothwendig verbunden, oder der erklärten Absicht des Machtgebers gemäß sind. Ueberschreitet er aber die Gränzen der Vollmacht; so haftet er für die Folgen.

1) Die rechtlichen Wirkungen eines abgeschlossenen Bevollmächtigungsvertrages sind zweyfacher Art: es werden nähmlich dadurch Rechte und Verbindlichkeiten a) zwischen den Contrahenten selbst, und b) nach Umständen auch zwischen dem Machtgeber und dritten Personen gegründet. Von den ersteren wird in den §§. 1009 — 1016, von den letzteren in den §§. 1017 — 1019 gehandelt.

2) Vorerst wird von den Rechten und Pflichten des Gewalthabers im Allgemeinen gehandelt. Die erste Pflicht des Machthabers ist, das ihm aufgetragene Geschäft der Vollmacht und seinem Versprechen gemäß redlich, und mit einem solchen Grade des Fleißes und der Aufmerksamkeit zu führen, welcher bey gewöhnlichen Fähigkeiten angewendet werden kann (§. 1297); ja, wenn er ein Geschäft als Kunst- oder Sachverständiger übernimmt, so muß er auch den Mangel der erforderlichen Sachkenntnisse und des nothwendigen Fleißes vertreten (§. 1299). Bey übertretener Vorschrift stellt das preußische Landrecht die Vermuthung auf, daß der sich ergebende Schade durch die geschehene Abweichung verursacht worden [1]); allein das österreichische Gesetzbuch ist auch hier von dem Grundsatze nicht abgewichen, den es im §. 1297 aufgestellt hat, daß, nähmlich im Zweifel die Vermuthung gelte, der Schade sey ohne Verschulden entstanden. Es muß daher immer besonders nachgewiesen werden, daß der entstandene Schade in der Uebertretung der gegenwärtigen Vorschrift seinen Grund habe.

3) Es können aber solche Ausdehnungen der Vollmacht, welche nach der Natur des Geschäftes, oder der bekannten Absicht des Machtgebers nothwendig sind, nicht als unerlaubte Abweichungen von der gegebenen Vorschrift angesehen werden. — Die Berechtigung zum Zwecke begreift stillschweigend auch das Befugniß in sich, die zur Realisirung desselben nothwendigen Mittel anzuwenden. — Dieser Satz hat jedoch, wie Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt, eine Schwierigkeit in der Anwendung, wenn das nothwendige Mittel ein Geschäft von der Art wäre, daß es in der beschränkten Vollmacht nicht begriffen ist, oder eine besondere Vollmacht forderte (§. 1008), — und es kann daher die Frage entstehen, ob sich die Vorschrift des gegenwärtigen §. auch auf diesen Fall ausdehnen lasse? — Ich nehme keinen Anstand, in Uebereinstimmung mit der Behauptung v. Zeillers diese Frage dahin zu beantworten, daß der Machthaber sich auch in einem solchen Falle mit der Nothwendigkeit des Mittels recht-

1) I. Th., 13. Tit., §. 52.

fertigen könne. Das Gesetz gibt dieses genau durch den Beysatz: „ob er gleich eine beschränkte Vollmacht hat," zu erkennen. — So kann z. B. der nur mit einer allgemeinen Vollmacht versehene Verwalter eines Gutes, dem das Servitutsrecht des Wasserschöpfens auf dem benachbarten Grundstücke zusteht, gewiß die zur Erhaltung des Besitzes nothwendige Klage einreichen (§. 351), wenn der Nachbar die Ausübung dieses Rechtes nicht mehr duldet, ungeachtet er mit der Special-Vollmacht, Prozesse anhängig zu machen, nicht versehen ist. — Da aber die Nothwendigkeit in der Folge oft bestritten werden kann, oder andere Personen, mit denen der Machthaber zur Besorgung des Geschäftes unterhandeln soll, der beschränkten Vollmacht wegen in eine Abschließung einzulassen sich weigern dürften (§. 1017); so ist es, wie der mehrerwähnte Commentator schon bemerkte, rathsam, schon bey Ausfertigung der Vollmacht auf solche Fälle Bedacht zu nehmen, oder, wenn das Geschäft Aufschub leidet, eine Erweiterung der Vollmacht zu verlangen.

4) Ueberschreitet der Gewalthaber die Gränzen der Vollmacht, indem er seine Handlungen weder aus der ausdrücklichen Vollmacht (§§. 1007 u. 1008), noch als mit der Natur des Geschäftes und der erklärten Absicht nothwendig verbundene Mittel (Nr. 3) zu rechtfertigen im Stande ist; so haftet er für die Folgen, und zwar dem Machtgeber, oder einem Dritten, mit dem er sich in die Abschließung eines Geschäftes eingelassen, oder dem er einen Schaden verursachet hat.

5) In der Verwaltung des aufgetragenen Geschäftes ist der Machthaber ein bloßer Stellvertreter des Machtgebers (§. 1002). Aller aus dem Geschäfte entspringende Nutzen gebührt dem Letzteren, obschon er darauf nicht gerechnet hat, z. B. wenn der Machthaber für den Machtgeber Sachen um einen wohlfeileren Preis eingekauft, oder um einen höheren Preis verkauft hätte, als der Machtgeber verwilligte (wenn nicht etwa ein eigentlicher Verkaufsauftrag zwischen ihnen vorging §. 1086). — [1]) Daraus folgt auch, daß er auch die eingegangenen Zahlungen, wenn er sie zu seinem Nutzen verwendete, verzinsen müsse. — Aber

1) Siehe v. Zeillers Commentar Nr. 9 u. 5.

zu welchen Zinsen? — Ich glaube zu sechs von Hundert; denn daß er Zinsen zahlen muß, ist kein Zweifel. — Indem er nun die eingegangenen Gelder seines Machtgebers zu seinem eigenen Nutzen verwendet — erscheint er zugleich als dritte Person, und es ist eben so viel, als wenn er Jemanden das Geld gegen Entrichtung von Zinsen geliehen hätte, ohne jedoch den Betrag derselben bestimmt zu haben. — In diesem Falle aber sind sechs von Hundert zu entrichten (§. 994). Hat er aber gegen die Absicht des Machtgebers die eingegangenen Zahlungen unbenutzt liegen gelassen, so ist er für die Außerachtlassung der fruchtbringenden Verwendung zwar verantwortlich, aber aus einem andern Grunde, nähmlich dem: weil er das Geschäft nicht emsig besorgt hat. Die Zinsen gebühren daher dem Machtgeber hier lediglich als Schadenersatz, daher das Ausmaß derselben nach den dort aufgestellten Grundsätzen zu bestimmen ist. —

§. 1010.

Trägt der Gewalthaber das Geschäft ohne Noth einem Dritten auf; so haftet er ganz allein für den Erfolg. Wird ihm aber die Bestellung eines Stellvertreters in der Vollmacht ausdrücklich gestattet, oder durch die Umstände unvermeidlich; so verantwortet er nur ein bey der Auswahl der Person begangenes Verschulden.

1) Bey der Bevollmächtigung nimmt man gewöhnlich auf die persönlichen Eigenschaften des Bevollmächtigten, auf seine Redlichkeit, Geschicklichkeit, auf seinen Fleiß und seine Haftungsfähigkeit Rücksicht. — Er ist also in der Regel nicht befugt, das Geschäft einem Stellvertreter anzuvertrauen. — Thut er es dennoch, so erscheint dieser lediglich als der Bevollmächtigte des ursprünglichen Machthabers, und des ersteren Handlungen sind eben so anzusehen, als wenn sie von dem letzteren unternommen worden wären. — Dieser ist daher auch für allen Schaden verantwortlich, die ihm durch Verschulden des Stellvertreters verursacht worden. Ja selbst für einen Zufall hat er zu

haften, der sich ohne die Aftervollmacht nicht ereignet haben würde (§. 1295).

2) Eine Ausnahme von dieser hier angeführten Regel ist, wenn der Machthaber von dem Machtgeber zur Ernennung eines Stellvertreters ausdrücklich berechtiget, oder in dringenden Fällen wegen persönlicher Verhinderung zur Wahl eines Stellvertreters, oder nach der Natur des Geschäftes zur Wahl eines Gehülfen genöthiget worden ist. — Im ersteren Falle handelt der Machthaber dadurch, daß er einem Dritten das Geschäft aufträgt, innerhalb der ihm ertheilten Vollmacht; er ist also in der Regel für die daraus hervorgehenden Folgen nicht verantwortlich. — — Der zweyte Ausnahmsfall stützet sich auf den im §. 1009 ausgesprochenen Grundsatz, daß der Bevollmächtigte berechtiget sey, alle Mittel anzuwenden, die mit der Natur des Geschäftes nothwendig verbunden sind. — Nur dann, wenn er in der Auswahl des Stellvertreters oder Gehülfen selbst ein Verschulden begangen hätte, und ihm ein Mangel an der pflichtmäßigen Vorsicht zur Last fiele, könnte er auch in diesen beyden Fällen für die Folgen verantwortlich werden. — War der Stellvertreter von dem Machtgeber selbst bestimmt, und der Machthaber wählte dennoch einen andern; so tritt die vorige Vorschrift (Nr. 1) ein. Nur der Umstand, daß dieser Dritte die Stellvertretung nicht annehmen kann oder will, und die Aufstellung eines solchen durch die Umstände unvermeidlich würde, könnte eine weitere Ausnahme von derselben begründen. — Daß der Machthaber in dem Falle, als die üblen Folgen in dem Verschulden des Stellvertreters oder Gehülfen ihren Grund hätten, von demselben den Rückersatz fordern könne, versteht sich von selbst. Es sind indessen mehrere Fälle gedenkbar, in welchen der Machtgeber wegen der weiteren Uebertragung des Geschäftes gegen den Machthaber einen Schadenersatz ansprechen kann, ohne daß diesem ein Anspruch auf Rückersatz gebühret. — Ein solcher Fall wäre, wenn der Schade durch einen Zufall herbeygeführt wurde, der sich ohne die Aftervollmacht nicht ereignet haben würde (Nr. 1); oder wenn der Machthaber die Unerfahrenheit des Stellvertreters gewußt hätte, — in welchem ihm

wenigstens der Rückersatz des ganzen Entschädigungsbetrages nicht zugesprochen werden könnte (§§. 1299 u. 1304). In der Regel hat sich in solchen Fällen der Machtgeber nur an seinen eigentlichen Machthaber zu halten, ausgenommen, wenn er sich seinen Anspruch ordentlich abtreten läßt, oder der Stellvertreter ein wissentlich ihm nicht anvertrautes Geschäft übel geführet hat (§. 1035).

§. 1011.

Wird mehreren Bevollmächtigten zugleich ein Geschäft aufgetragen; so ist die Mitwirkung Aller zur Gültigkeit des Geschäftes und Verpflichtung des Machtgebers nothwendig; wenn nicht ausdrücklich Einem oder Mehreren die volle Befugniß in der Vollmacht ertheilt worden ist.

1) Eine solche gemeinschaftliche Bevollmächtigung geschieht gewöhnlich nur dann, wenn der Machtgeber das Geschäft der Beurtheilung oder Ausführung eines Einzigen, oder nur Einiger aus Mehreren nicht anvertrauen will. — Die eigenmächtige Abweichung Eines oder Einiger derselben von dieser Vorschrift ist also eine Ueberschreitung der Gränzen der Vollmacht, und hat die Folge, daß das geschlossene Geschäft ungültig ist, und dem Machtgeber hieraus keine Verbindlichkeit erwächst; dann, daß alle, welche sich diese Ueberschreitung zu Schulden kommen ließen, für die Folgen verantwortlich werden (§. 1009).

2) Wenn für den Fall, daß die Machthaber über die Art, das Geschäft zu besorgen, nicht einig werden könnten, in der Vollmacht keine Vorsehung getroffen ist; so würde unter ihnen die Mehrheit der Stimmen entscheiden. — Denn der gegenwärtige §. sagt keineswegs, daß zur Gültigkeit eines mehreren Bevollmächtigten zugleich übertragenen Geschäftes *Stimmeneinhelligkeit* nothwendig sey, sondern er fordert lediglich die *Mitwirkung* aller. Daraus folgt nur, daß *jeder* seine *Meinung* über die Art der Besorgung des Geschäftes abgeben müsse; für den Fall nun, daß keine Stimmeneinheit erzielt werden kann,

hat das Gesetz im §. 838 die Vorsehung getroffen, welcher, (nachdem im vorhergehenden §. bestimmt wurde, daß der Verwalter eines gemeinschaftlichen Gutes als ein Machthaber angesehen werde), ausdrücklich anordnet, daß, wenn die Verwaltung Mehreren überlassen ist, folglich diese Mehreren als solche Bevollmächtigte anzusehen sind, welchen zugleich ein Geschäft übertragen wurde; unter ihnen die Mehrheit der Stimmen entscheide.

3) Wird die Ausführung eines Geschäftes, welches, wie z. B. die Führung eines Baues, mannigfaltige Sachkenntnisse fordert, ausdrücklich mehreren Bevollmächtigten, oder stillschweigend mehreren Gehülfen überlassen; so ist, wie v. Zeiller in seinem Commentare bemerkte, zu vermuthen, daß jeder nur in Hinsicht des auf seine Sachkenntnisse sich beziehenden Theiles des Geschäftes verpflichtet seyn soll.

§. 1012.

Der Gewalthaber ist schuldig, dem Machtgeber den durch sein Verschulden verursachten Schaden zu ersetzen, und die bey dem Geschäfte vorkommenden Rechnungen, so oft dieser es verlangt, vorzulegen.

1) Die Verbindlichkeit zum Schadenersatze fließt aus der Verbindlichkeit des Machthabers, das übernommene Geschäft redlich und mit dem pflichtmäßigen Fleiße zu besorgen (§. 1009), die Art des Ersatzes aber ergibt sich aus der Art der Beschädigung (§§. 1323 u. 1324).

2) In Geschäften, wo Einnahmen und Ausgaben vorfallen, die also mit einer Rechnungsführung verbunden sind, ist es Pflicht des Bevollmächtigten, ordentliche Rechnung abzulegen (§. 837). Ist hierüber in der Vollmacht nichts Näheres bestimmt, so scheint der Machtgeber allerdings nach der Analogie des §. 239 und 262 des b. G. B., dann des §. 297 der allg. G. O. nicht erst bloß nach Beendigung des Geschäftes, sondern nach Ablauf jeden Jahres, und zwar längstens binnen zwey

Monathen die Legung einer ordentlichen Rechnung fordern zu können. Damit sich aber der Machthaber in die Lage setze, diese jährlichen Rechnungen, und nach Vollendung des ganzen Geschäftes die Schlußrechnung legen zu können, ist es unumgänglich erforderlich, daß er alle Einnahmen und Ausgaben, wie sie vorfallen, genau aufzeichne, und sich zu seiner Legitimation mit den nöthigen Documenten versehe. — Diese während des Jahres fortzuführenden Aufschreibungen und diese gesammelten Documente sind es nun, auf welche der Inhalt des gegenwärtigen §. hindeutet, und welche sohin dem Machtgeber von dem Bevollmächtigten, so oft er es verlangt, zur Einsicht vorgelegt werden müssen; denn eine ordentliche Rechnungslegung kann der Machtgeber nicht zu jeder Zeit fordern, da selbe immer einen größeren Zeitaufwand und eine mehrere Mühewaltung kostet, die dem Bevollmächtigten wohl nicht nach bloßer Willkühr des Machtgebers auferlegt werden kann. — Diese Einsicht der eigenen Aufschreibungen des Machthabers und der Rechnungsdocumente setzet den Machtgeber in die Lage, die Handlungen des ersteren auch während des Jahres beurtheilen zu können; und sollte derselbe eine unredliche, oder wenigstens nachlässige oder unordentliche Geschäftsführung wahrnehmen, so stünde ihm frey, die Vollmacht zu widerrufen (§. 1020), und somit den Machthaber zur Legung der Schlußrechnung anzuhalten. — Ob der Machthaber das Geschäft entgeldlich oder unentgeldlich besorge, macht hier keinen Unterschied.

§. 1013.

Gewalthaber sind, außer dem im §. 1004 enthaltenen Falle, nicht befugt, ihrer Bemühung wegen eine Belohnung zu fordern. Es ist ihnen nicht erlaubt, ohne Willen des Machtgebers in Rücksicht auf die Geschäftsverwaltung von einem Dritten Geschenke anzunehmen. Die erhaltenen werden zur Armencasse eingezogen.

1) Es ist schon bey Erläuterung des §. 1004 bemerkt worden, daß Bevollmächtigungsverträge in der Regel unentgeldlich geschlossen werden; daß aber eine Belohnung entweder ausdrücklich oder, nach dem Stande des Geschäftsträgers, auch stillschweigend bedungen werden könne. Außer diesen letzten beyden Fällen ist daher der Gewalthaber nicht berechtiget, seiner Bemühung wegen eine Belohnung zu fordern, und sohin noch weniger eine solche eigenmächtig in der Rechnung in Ausgabe zu stellen.

2) Das Gesetz verbiethet hier sogar dem Machthaber, von einem Dritten ein Geschenk anzunehmen. Das Gesetz macht hier keinen Unterschied, ob der Dritte eine Person ist, mit welcher der Gewalthaber im Nahmen des Gewaltgebers Geschäfte zu führen hatte oder nicht. Daß Geschenke von derley Personen, welche mit dem Gewaltgeber kein gleiches, sondern vielmehr ein entgegengesetztes Interesse haben, höchst verdächtig seyn, und in dem Machthaber sehr leicht den Reitz legen können, den Vortheil des Machtgebers nicht unparteylich zu beobachten, springt in die Augen; und in Bezug auf solche Personen ist die Vorschrift des gegenwärtigen §. leicht gerechtfertiget. — Allein es können auch Personen Geschenke geben, die ein eigenes Interesse daran haben, daß das Geschäft zum Vortheile des Machtgebers geführet werde; soll sich nun wohl gegenwärtige Vorschrift auch auf solche Personen ausdehnen? — Allerdings; denn die Annahme von solchen Geschenken wird von dem Machtgeber gewiß nicht mißbilliget werden; und würde sie mißbilliget, so wäre es eben ein Zeichen, daß dieser eine geheime unerlaubte Absicht dabey vermuthe. — Nur seiner Beurtheilung muß es anheimgestellt bleiben, ob ein solches Geschenk sein Interesse gefährde oder nicht. Es kann selbst dem Gewaltgeber daran liegen, daß derjenige, mit dem das Geschäft abgeschlossen wird, nicht übervortheilet oder überhaupt unbillig behandelt werde; es kann sohin das scheinbar gleiche Interesse in der Wahrheit selbst ein verschiedenes seyn.

3) Das gallizische Gesetzbuch, als Entwurf des gegenwärtigen, enthält hierüber folgende Vorschrift [1]: „Es ist den Gewalthabern nicht erlaubt, ohne Wissen und Willen des Machtgebers in Rücksicht auf die Geschäftsverwaltung von einem Dritten Geschenke anzunehmen oder zu behalten." Daraus gehet hervor, daß der Bevollmächtigte von Seite des Machtgebers lediglich verhalten werden könnte, das Geschenk zurückzustellen. Der gegenwärtige §. aber ordnet an, daß die erhaltenen Geschenke zur Armencasse (nähmlich des Ortes der Annahme, wie in anderen ähnlichen Fällen [2]) einzuziehen seyn. — Der Grund dieser Vorschrift ist, weil auch der Geber an der unerlaubten Handlung Theil nimmt. — Jedoch glaube ich nicht, daß diese Einziehung von Amteswegen geschehe, wenn auch der Gewaltgeber keine Anzeige machte [3]; weil dadurch nur ein Privat- nicht aber das öffentliche Interesse gekränkt ist, und auch eine nachträgliche Genehmigung des Gewaltgebers hinzutreten kann, die bey dem Stillschweigen desselben auch zu vermuthen ist.

4) Kommt der eigene Vortheil des Machthabers mit dem des Machtgebers in Collision, oder ist dabey auch das Interesse eines Dritten, von dem der nähmliche Machthaber Vollmacht erhalten hat, dabey verflochten; so liegt es in der Verpflichtung zur redlichen Geschäftsführung (§. 1009), dem Machtgeber hiervon die Anzeige zu machen, und nach Umständen sogar dieses Geschäft von sich abzulehnen. — Würde er dieses unterlassen, so dürfte er, im Falle das Geschäft nicht nach Wunsche des Machtgebers ausfiele, die Vermuthung erregen, daß er bey Führung desselben mehr seinen eigenen, oder seines zweyten Machtgebers Vortheil vor Augen gehabt habe, als den seines eigentlichen Machtgebers. Daß er für wirkliche, in seinem Verschulden gelegene Beschädigungen verantwortlich sey, versteht sich von selbst.

---

1) 3. Theil §. 115.
2) Wucherpatent §. 30.
3) Siehe dagegen v. Zeillers Commentar §. 1013 Nr. 2.

§. 1014.

Rechte und Verbindlichkeiten des Gewaltgebers.

Der Gewaltgeber ist verbunden, dem Gewalthaber allen zur Besorgung des Geschäftes nothwendig oder nützlich gemachten Aufwand, selbst bey fehlgeschlagenem Erfolge, zu ersetzen, und ihm auf Verlangen zur Bestreitung der baren Auslagen auch einen angemessenen Vorschuß zu leisten; er muß ferner allen durch sein Verschulden entstandenen, oder mit der Erfüllung des Auftrages verbundenen Schaden vergüten.

1) Die gegenwärtige Vorschrift gilt sowohl von jenem Gewalthaber, welcher für seine Bemühung eine Belohnung erhält, als von demjenigen, der das Geschäft unentgeldlich zu besorgen auf sich genommen hat. — Der Gewaltgeber ist für jeden Fall verpflichtet, dem Gewalthaber den nothwendig oder nützlich gemachten Aufwand zu ersetzen. Die Nützlichkeit des Aufwandes wird nicht nach dem Erfolge, sondern nach der zur Zeit der Verwendung sich dargestellten Zweckmäßigkeit beurtheilt. — Denn der ohne Verschulden des Machthabers (§. 1012) fehlgeschlagene Erfolg gründet sich entweder in einem übel berechneten Plane des Machtgebers, oder in einem Zufalle, der sich in seiner Person oder seinem Eigenthume ereignet, folglich von ihm getragen werden muß (§ 1311). Ausgaben, welche der Machtgeber ausdrücklich untersagt hat, ist er dem Machthaber zu ersetzen nicht schuldig, sondern dieser ist in einem solchen Falle nur berechtiget, den gemachten Aufwand, in so fern er in natura zurückgenommen werden kann, wieder an sich zu ziehen (§ 1040).

2) Auf einen angemessenen Vorschuß kann der Bevollmächtigte dringen, weil er nur seine Mühe verheißen hat, nicht auch, daß er sein Capital, welches ihm selbst Nutzen bringen soll, zu fremden Nutzen verwenden wolle. Hat er aus seinem eigenen Vermögen für den Machtgeber Auslagen bestritten, so kömmt es darauf an, ob er schon früher einen Vorschuß begehrt

und der Machtgeber diesem Verlangen nicht entsprochen habe. In diesem Falle kann der Machthaber von dem aus seinem eigenen Vermögen geleisteten Vorschusse die ordentlichen Zinsen von der Zeit an fordern, als er diesen erweislich gemacht hat; hat er aber den Machtgeber nie um einen Vorschuß angegangen, so ist er auch keine Zinsen zu fordern berechtiget, weil nach den Worten des gegenwärtigen § nur auf Verlangen des Machthabers ein Vorschuß zu leisten ist. Es ist möglich, daß der Machtgeber einen bestimmten Betrag in Bereitschaft gehalten habe, um selben dem Machthaber als Vorschuß übergeben zu können, wenn er ihn darum angehen werde; er kann daher nicht verhalten werden, dem Machthaber für seine Auslagen Zinsen zu bezahlen, da er sein eigenes Geld, eben wegen seiner Bestimmung als Vorschuß verwendet zu werden, unfruchtbringend gelassen hat. — Der Machthaber ist aber ohne Zweifel berechtiget, von dem Machtgeber sogleich die Vergütung der gehabten, und einstweilen aus seinem eigenen Vermögen vorgeschossenen Auslagen zu fordern, ohne daß er nothwendig hat, sich vorher über die wirkliche Berichtigung dieser Auslagen auszuweisen; weil, wenn er auch diese Auslagen noch gar nicht gemacht hätte, er einen zur Deckung derselben hinreichenden Vorschuß zu fordern berechtiget ist. Hat aber der Machtgeber einen angemessenen Vorschuß gegeben, und der Machthaber hätte denselben bereits verausgabt; so ist er ohne Zweifel berechtiget, zur Bestreitung der nachfolgenden Auslagen einen neuen Vorschuß zu begehren; jedoch hätte er sich in diesem Falle über die Verwendung des bereits erhaltenen Vorschusses und die bevorstehenden neuen Auslagen auszuweisen.

3) Daß der Machtgeber allen durch sein Verschulden entstandenen Schaden zu ersetzen habe, gründet sich schon auf die allgemeinen, in dem Hauptstücke von der Schadloshaltung und Genugthuung vorkommenden gesetzlichen Bestimmungen. Daß er aber auch den mit der bloßen Erfüllung des Auftrags verbundenen Nachtheil dem Machthaber zu vergüten habe, gründet sich auf die Betrachtung, daß sich der Bevollmächtigte nur zu einer Dienstleistung, keineswegs aber auch zur Aufopferung eines Theils

seines Vermögens verpflichtet habe. — Als Beyspiele einer von dem Gewaltgeber zu leistenden Vergütung führt v. Zeiller an: „Wenn er dem Bevollmächtigten wissentlich ein bösartiges Thier, so ihn beschädigte, zum Verkaufe, oder eine versiegelte, verbothene Waare, mit der er zu seinem Nachtheile angehalten ward, zur Ueberführung übergeben, oder Sachen aus einem Brande, wodurch der Machthaber beschädiget worden, zu retten den Auftrag gab."

§. 1015.

Leidet der Gewalthaber bey der Geschäftsführung nur zufälliger Weise Schaden; so kann er in dem Falle, daß er das Geschäft unentgeldlich zu besorgen übernahm, einen solchen Betrag fordern, welcher ihm bey einem entgeldlichen Vertrage zur Vergütung der Bemühung nach dem höchsten Schätzungswerthe gebührt haben würde.

1) Nach den Grundsätzen, welche das bürgerliche Gesetzbuch über Leistung des Schadenersatzes aufgestellt hat, trifft ein bloß zufälliger Schade, z. B. durch Ungewitter, räuberischen Angriff u. s. w. den Eigenthümer, folglich den Machthaber, wenn sich der widrige Zufall an den demselben eigenthümlichen Sachen zugetragen hat. Es hätte somit nach diesen Principien der Gewalthaber, der bloß einen zufälligen Schaden erleidet, keinen Anspruch auf eine Vergütung von Seite des Machtgebers. Bey diesem allgemeinen Grundsatze läßt es das Gesetz auch in dem Falle bewenden, wenn der Gewalthaber das Geschäft gegen Entgeld zu besorgen übernahm; hat er aber dasselbe zur unentgeldlichen Besorgung übernommen, so fand es der Gesetzgeber den Forderungen der Billigkeit entsprechend, demselben für diesen Fall das Recht einzuräumen, eine Vergütung von dem Machtgeber in Anspruch zu nehmen.

2) Dieser Vergütungsbetrag darf aber den Betrag der höchsten Belohnung, die für eine solche Bemühung mit Rücksicht der Umstände vermög der Gewohnheit entrichtet, und allenfalls von

Sachverständigen bestimmt wird, nicht übersteigen; er darf sich aber auch nicht höher belaufen, als der wirkliche Schade beträgt. — Diese Behauptung, die übrigens mit der in dem Commentare des Hrn. Hofrathes v. Zeiller ausgesprochenen Meinung ganz übereinstimmt, läßt sich zwar schwer aus den Worten des gegenwärtigen §. selbst rechtfertigen, doch die Absicht des Gesetzgebers, die der gegenwärtigen Vorschrift zu Grunde liegt, spricht offenbar das Wort dafür; denn sie gehet unzweifelhaft dahin, daß der unbelohnte Sachwalter wenigstens an seinem Vermögen keinen Schaden leiden, nicht aber auch, daß er ohne allen Grund, bloß des zufälligen Schadens wegen, Gewinn ziehen sollte; nur wollte der Gesetzgeber in diesem Falle auch den unbelohnten Sachwalter in keine vortheilhaftere Lage setzen, als den belohnten, und bestimmt daher das höchste Maß des Vergütungsbetrages auf die bereits erwähnte Art und Weise.

§. 1016.

Ueberschreitet der Gewalthaber die Gränzen seiner Vollmacht; so ist der Gewaltgeber nur in so fern verbunden, als er das Geschäft genehmiget, oder den aus dem Geschäfte entstandenen Vortheil sich zuwendet.

1) Ob der Bevollmächtigte die Gränzen überschritten habe, muß, wie bereits v. Zeiller bemerkte, theils aus der ausdrücklichen Vollmacht, theils aus dem Gesetze (§. 1008), theils aus der Natur des aufgetragenen Geschäftes (§. 1009) abgenommen werden. In so fern die Gränzen überschritten sind, ist der Machtgeber aus seiner Einwilligung nicht verpflichtet (§. 861), vielmehr haftet ihm der Machthaber für alle Folgen (§. 1009).

2) Allein der Machtgeber kann auch das Geschäft erst nachträglich genehmigen, und in diesem Falle wird er aus seiner neu hinzu gekommenen Einwilligung verbunden. Diese nachträgliche Genehmigung kann nun entweder ausdrücklich oder stillschweigend geschehen; als eine stillschweigende Genehmigung ist es aber anzusehen, wenn sich derselbe den aus dem Geschäfte entstandenen

Vortheil zuwendet (§. 1037). Doch muß es sich hier um einen wirklichen Vortheil, und nicht bloß um Abwendung eines Nachtheiles handeln. — Wenn ich z. B. den A beauftrage, mir ein Pferd (in genere) um höchstens 100 Ducaten zu kaufen, und er kauft mir eines um 120 Ducaten; so bin ich nicht schuldig, das Pferd um diesen Preis zu übernehmen, sondern kann die Uebernahme verweigern. Sobald ich aber nach dem mir bekannt gemachten Preise das Pferd übernommen und benützt habe, muß ich auch den höheren Preis bezahlen. — Hätte ich dagegen dem A den Auftrag gegeben, ein bestimmtes Pferd um 100 Ducaten zu kaufen, und ihm zu diesem Zwecke diese Summe auch bereits eingehändiget, er hätte aber das Pferd um 120 Ducaten gekauft, dem Verkäufer die 100 Ducaten bereits übergeben, die derselbe auch sogleich zur Bezahlung einer Schuld verwendete, und ihm die Zahlung des Restes binnen einer bestimmten Frist in meinem Nahmen zugesichert; so werde ich, wenn ich das Pferd auch nach dem mir bekannt gemachten Preise übernommen und benützt habe, doch nicht zur Zahlung dieser 20 Ducaten verhalten werden können. Denn hier handelt es sich nicht um Zuwendung eines Vortheiles, sondern lediglich um Hintanhaltung eines Nachtheiles. Würde ich das Pferd nicht annehmen, so müßte ich erst meine hundert Ducaten mit langer Hand suchen. — Dadurch, daß der Verkäufer die hundert Ducaten bereits übernommen und auch für sich verwendet hat, hat er den Kaufvertrag bereits als vollendet angesehen, und er hat kein Recht, von mir den Rest von 20 Ducaten zu fordern, weil der Gewalthaber die Gränzen seiner Vollmacht überschritten hat, und ich daher dem Verkäufer des Pferdes aus dem geschlossenen Kaufcontracte lediglich verpflichtet bin, ihm die hundert Ducaten zu belassen, keineswegs aber auch den Mehrbetrag von zwanzig Ducaten darauf zu zahlen.

3) Was ist aber in dem Falle Rechtens, wenn derjenige, der ein Geschäft im Nahmen eines Andern zu verrichten sich anheischig gemacht hat, dasselbe im eigenen Nahmen vollführet? — Hier ist nun zu unterscheiden, ob der Bevollmächtigte bey Vollführung oder Abschließung des Geschäftes innerhalb der Grän-

zen der ihm ertheilten Vollmacht gehandelt, ob er z. B., um bey dem vorerwähnten Falle stehen zu bleiben, das Pferd um die 100 Stück Ducaten oder darüber erkauft hat? — Im ersteren Falle ist der Machtgeber befugt, den Machthaber auf Ueberlassung der aus dem Geschäfte gezogenen Nutzungen, also im vorliegenden Falle auf Uebergabe des erkauften Pferdes zu klagen; denn indem sich der Machthaber verbindlich machte, das ihm aufgetragene Geschäft, der erhaltenen Vollmacht gemäß, emsig und redlich zu besorgen, und allen aus dem Geschäfte entspringenden Nutzen dem Machtgeber zu überlassen (§. 1009), hat er sich ja eben des ihm sonst zugestandenen Rechtes begeben, dieses nähmliche Geschäft zu seinem eigenen Nutzen zu besorgen, und sich die daraus hervorgehenden Vortheile zuzuwenden. Der Machtgeber hat daher das vollste Recht, zu begehren, daß der Gewalthaber dazu angehalten werde, den aus dem abgeschlossenen Geschäfte entspringenden Nutzen ihm zu überlassen. Hat aber der Machthaber bey Abschließung des Geschäftes die Gränzen der Vollmacht überschritten, z. B. das Pferd um 120 Stück Ducaten gekauft, so ist es zweifelsfrey, daß der Machtgeber nicht fordern könne, der Bevollmächtigte sey schuldig, ihm das um 120 Ducaten gekaufte Pferd um 100 Ducaten zu überlassen; weil nach dem Gesetze der Bevollmächtigte nicht dafür haftet, daß das aufgetragene Geschäft innerhalb den Gränzen der Vollmacht ausführbar seyn werde. — Größerem Zweifel unterliegt die Beantwortung der Frage: ob der Machtgeber sich die aus dem Geschäfte von dem Machthaber erworbenen Rechte in dem Falle zueignen könne, wenn er sich auch zur Uebernahme der eingegangenen und die Gränzen der Vollmacht überschreitenden Verbindlichkeiten erkläret? — Diese Frage scheinet gleichfalls verneinend beantwortet werden zu müssen; denn es kömmt hier eigentlich auf die Beantwortung der Frage an, ob der Machtgeber in einem solchen Falle berechtiget sey, das geschlossene Geschäft nachträglich zu genehmigen, welches der Machthaber in der Art, wie er es für sich abgeschlossen hat, für seinen Machtgeber abzuschließen nach der ihm ertheilten Vollmacht nicht berechtiget war, und ob er dadurch dasselbe sich zu Nutzen machen

könne? — Allein ein Ratihabitionsrecht kann dem Machtgeber in diesem Falle nicht zuerkannt werden; denn sobald ein Machthaber bey der Ausrichtung des ihm aufgetragenen Geschäftes die ihm vorgeschriebenen Gränzen überschreitet, so besorgt er eigentlich nicht das ihm übertragene, sondern ein anderes Geschäft; würde nun ein Dritter die aus diesem Geschäfte hervorgegangenen Rechte und Verbindlichkeiten in Anspruch nehmen, so könnte dieses nur dann mit Grunde geschehen, wenn der Letztere in Beziehung auf ihn als freywilliger Geschäftsführer zu betrachten wäre, weil bey der freywilligen Geschäftsführung jener, in dessen Nahmen das Geschäft geführt wurde, aber auch nur dieser, das Genehmigungsrecht desselben ausüben kann, welche Voraussetzung im Falle der Frage nicht eintritt. — Der gegenwärtige §. legt zwar dem Gewaltgeber ein Ratihabitionsrecht bey; aber man muß den Fall, wo der Mandatar das Geschäft im Nahmen des Mandanten schließt, und bloß die Beschränkungen der Vollmacht außer Acht läßt, sorgfältig von dem unterscheiden, wenn er das ihm aufgetragene Geschäft nicht bloß mit Ueberschreitung der Gränzen der Vollmacht, sondern mit gänzlicher Beyseitesetzung des Mandates, also entweder in eigenem Nahmen, oder für einen Andern als den Machtgeber besorgt. — Nur in dem ersten Falle, wo der Machthaber als solcher handeln, und dem Machtgeber Rechte erwerben und Verbindlichkeiten auflegen wollte, aber sich an die Gränzen seiner Vollmacht nicht gehalten hat, daher in Beziehung auf den Letzteren als bloßer Geschäftsführer erscheint, steht demselben frey, die Handlungen des Mandatars, und eigentlich freywilligen Geschäftsführers zu genehmigen oder zu verwerfen; wenn aber der Gewalthaber sich über die Vollmacht gänzlich, und nicht bloß über die Gränzen derselben hinwegsetzt; das Geschäft nicht für den Machtgeber, sondern im eigenen Nahmen oder für einen Andern als den Machtgeber schließt; so kann von einem Rechte des Letzteren, die der Vollmacht zuwider laufenden Modificationen des Geschäftes zu genehmigen, und so fort den hieraus entstandenen Vortheil anzusprechen, keine Rede seyn. Diesem aus

aus einer Abhandlung des Herrn Professors Fischer zu Prag [1]) entlehnten Raisonnement glaube ich jedoch die Beschränkung beyfügen zu müssen, daß hier der Fall vorausgesetzt werden müsse, in welchem derjenige, mit welchem das Geschäft abgeschlossen werden soll, sich nicht geneigt zeige, das Geschäft innerhalb der Gränzen der ausgestellten Vollmacht einzugehen. Nehmen wir z. B. an, daß dieser in dem oben gegebenen Falle sich geneigt zeigen würde, das Pferd um 100 Stück Ducaten wegzugeben, der Bevollmächtigte aber, der bey näherer Prüfung der Eigenschaften des Pferdes dasselbe selbst an sich zu bringen wünscht, eine Daraufgabe anbiethen würde; so könnte der Machthaber allerdings von dem Machtgeber dazu verhalten werden, das Pferd, und zwar um den Preis von 100 Ducaten ohne Daraufgabe ihm zu überlassen, weil er sich verbindlich machte, das Pferd um diesen Preis im Nahmen des Machtgebers zu kaufen, und nur die Weigerung des Verkäufers, ihm das Pferd um diesen Preis zu überlassen, ihn in die Unmöglichkeit versetzte, die zugesicherte Geschäftsführung zu unternehmen, es ihm daher rechtlich möglich machte, den Kauf im eigenen Nahmen abzuschließen. Auch bin ich der Meinung, daß dem Machthaber der Beweis des Umstandes obliege, daß er das Geschäft der ertheilten Vollmacht gemäß *nicht abschließen konnte*. Selbst *den* Fall würde ich von obiger Behauptung ausnehmen, wenn der Bevollmächtigte sich zum Theile nach der erhaltenen Vollmacht benommen, d. h. eine Handlung unternommen hat, zu welcher er bloß mit Hinsicht auf die erhaltene Vollmacht berechtiget war, z. B. er hätte die ihm von dem Machtgeber bereits zur Bezahlung des Kaufschillings eingehändigte Summe wirklich auch zu dem bestimmten Zwecke, obgleich in seinem eigenen Nahmen verwendet. Denn dieses konnte er rechtlicher Weise nicht thun; er konnte nähmlich mit dem empfangenen Gelde nur in meinem Nahmen und zu meinem Gunsten disponiren, und ich kann daher nicht verpflichtet werden, die Verwendung meines Geldes zu seinem Zwecke gegen mich als verbindlich anzuerkennen. — Das Geschäft

1) Wagn. Zeitschrift. 1826, IX. Heft, S. 119 u. f. f.

ist daher so anzusehen, als ob er dasselbe in meinem Nahmen abgeschlossen, und dabey die Gränzen seiner Vollmacht überschritten hätte.

§. 1017.

Rechte und Verbindlichkeiten in Rücksicht eines Dritten.

In so fern der Gewalthaber nach dem Inhalte der Vollmacht den Gewaltgeber vorstellt, kann er ihm Rechte erwerben und Verbindlichkeiten auflegen. Hat er also innerhalb der Gränzen der offenen Vollmacht mit einem Dritten einen Vertrag geschlossen; so kommen die dadurch gegründeten Rechte und Verbindlichkeiten dem Gewaltgeber und dem Dritten, nicht aber dem Gewalthaber zu. Die dem Gewalthaber ertheilte geheime Vollmacht hat auf die Rechte des Dritten keinen Einfluß.

1) Bisher wurden die Bestimmungen, welche das Rechtsverhältniß zwischen dem Machtgeber und Machthaber festsetzen, abgehandelt; nun geht das Gesetzbuch auf das von diesem verschiedene Rechtsverhältniß, nähmlich das zwischen diesen und fremden Personen bestehende über. — In Bezug auf dieses Rechtsverhältniß gilt der Grundsatz, daß der Machthaber den Machtgeber vorstelle, und mit diesem in Bezug auf das abzuschließende Geschäft gleichsam Eine Person ausmache. Der Machthaber ist hier nur gleichsam das Mittel, wodurch der Machtgeber dem Dritten seinen Willen offenbaret, und mit demselben in ein Rechtsverhältniß tritt. Dieses gilt aber nur in so weit, als der Inhalt der offenen Vollmacht (Nr. 2) reicht, und es dürfen dabey auch die Beschränkungen der §§. 1007 — 1009 nicht übersehen werden. Denn in so fern die Handlungen des Bevollmächtigten aus dem Umkreise der Vollmacht hinaustreten, erscheint er nicht mehr als Machthaber; weil er nicht die Macht hat, diesen Umkreis eigenmächtig zu erweitern. In dem Maße nun, als zwischen dem Machtgeber und dem Dritten Rechte und

Verbindlichkeiten gegründet würden, wenn die Handlungen des Bevollmächtigten, welche er nach dem Inhalte der Vollmacht im Nahmen seines Machtgebers unternimmt, von dem Machtgeber selbst unmittelbar unternommen worden wären, werden auch von dem Bevollmächtigten durch diese für den Machtgeber Rechte erworben, und Verbindlichkeiten gegründet.

2) Das Gesetz redet hier von einer offenen Vollmacht. Unter dieser versteht aber das Gesetz eine solche Vollmacht, welche dazu bestimmt ist, den Bevollmächtigten als solchen gegen dritte Personen zu legitimiren. Hiervon unterscheiden sich die geheimen Instructionen, welche lediglich den Zweck haben, die Rechte und Verbindlichkeiten des Machthabers gegen den Machtgeber zu bestimmen. — Gewöhnlich werden, nebst der allgemeinen, unbeschränkten, offenen Vollmacht, dem Bevollmächtigten in einer besonderen Instruction bestimmte Gränzen vorgezeichnet, und somit dienet die geheime Vollmacht in der Regel dazu, die Befugnisse des Bevollmächtigten, welche aus der offenen Vollmacht hervorgehen, zu beschränken. — Wenn sich daher der Bevollmächtigte bey Eingehung eines Rechtsgeschäftes mit einem Dritten nach dieser offenen Vollmacht zwar benimmt, jedoch die ihm in der besonderen Instruction festgesetzten Gränzen überschreitet, so kann sich der Machtgeber der gegen den Dritten eingegangenen Verbindlichkeiten nicht entschlagen; es ist aber der Machthaber demselben für die Ueberschreitung dieser Instruction verantwortlich (§. 1009). Wäre dagegen in der geheimen Instruction (was indessen sehr selten geschehen mag) das Befugniß des Bevollmächtigten im Verhältnisse gegen die offene Vollmacht erweitert worden, und derselbe hätte von diesem erweiterten Befugnisse Gebrauch gemacht; so könnte sich der Machtgeber der bloß in Folge dieses erweiterten Befugnisses gegen den Dritten eingegangenen Verbindlichkeiten entschlagen; er wäre aber, wenn dadurch der Bevollmächtigte zu Schaden käme, demselben zur Entschädigung verpflichtet, z. B. wenn er wegen Zustandebringung des Geschäftes Auslagen bestritten hätte. — Mit einem Worte, die Rechte und Verbindlichkeiten des Machtgebers gegen den Dritten sind nach dem Inhalte der

offenen Vollmacht, die gegen den Machthaber aber auch nach der neben dieser bestehenden geheimen Instruction zu beurtheilen.

3) Es entsteht nun aber die Frage: ob eine Vollmacht schon dadurch, daß sie vorgewiesen wird, zur öffentlichen werde, so wie umgekehrt, ob sie, wenn sie nicht vorgewiesen wird, und der Dritte bloß auf guten Glauben mit dem Bevollmächtigten das Geschäft abschließt, die Wirkung einer geheimen behalte? — Herr Hofrath v. Zeiller sagt hierüber Folgendes: „Wenn aber der Machthaber seine geheime Vollmacht vorweiset, und ein Geschäft innerhalb der ihm dort ertheilten (erweiterten) Gränzen vornimmt; so handelt er im Nahmen, und aus der Einwilligung seines Machtgebers. Die geheime Vollmacht geht dadurch in eine öffentliche über, und der Dritte tritt mit dem Machtgeber in das nähmliche Rechtsverhältniß, wie bey einer öffentlichen Vollmacht." Allein diese Behauptung verdient eine nähere Untersuchung. — Nach der oben Nr. 2 gegebenen Erklärung ist eine offene Vollmacht diejenige, welche dazu bestimmt ist, den Bevollmächtigten als solchen gegen dritte Personen zu legitimiren, und eine geheime Vollmacht diejenige, welche lediglich den Zweck hat, die Verbindlichkeiten und Rechte des Machthabers gegen den Machtgeber zu bestimmen; in der ersteren ist daher stillschweigend die Berechtigung enthalten, selbe auch dritten Personen vorzuweisen; durch die letztere aber will der Machtgeber nur sein Rechtsverhältniß gegen den Machthaber näher bestimmen, und es ist daher in selber auch nicht einmahl stillschweigend das Befugniß enthalten, davon in Geschäften mit einem Dritten Gebrauch zu machen. — Wenn er daher dessenungeachtet hiervon diesen unerlaubten Gebrauch macht, so überschreitet er die Gränzen seiner Vollmacht, und der Machtgeber ist sohin auch in dieser Hinsicht an das Versprechen des Machthabers gegen den Dritten nicht gebunden. Es kommt nach meiner Ueberzeugung nicht darauf an, was für einen Gebrauch der Machthaber von der ihm ertheilten Vollmacht macht, sondern zu welchem Gebrauche sie von dem Machtgeber bestimmt ist. Nur durch die offene Vollmacht redet der Machtgeber zu dritten Personen, durch die geheime spricht er lediglich zu dem Macht-

haber. Das österreichische Gesetzbuch enthält keine Anordnung, aus welcher die Folgerung gezogen werden könnte, daß eine geheime Vollmacht dadurch, daß sie von dem Machthaber vorgezeigt werde, in eine offene sich umgestalte; es müßte sohin diese Behauptung lediglich aus der Wesenheit und dem Begriffe einer offenen Vollmacht hervorgehen; daß aber dieses nicht der Fall sey, ist hier eben gezeigt worden, und es kann hier auch das preußische Landrecht als ein bestätigender Beleg aufgeführt werden, welches dießfalls folgende Anordnungen enthält [1]: „Derjenige, welcher mit dem Bevollmächtigten zu unterhandeln in Begriffe steht, hat das Recht, die Vorzeigung der Vollmacht zu fordern. Bezieht sich die Vollmacht auf eine besondere Instruction; so findet in Ansehung dieser ein Gleiches Statt [2]. Ist einer besonderen Instruction in der Vollmacht nicht erwähnt oder deren Vorzeigung verbothen; so ist die Sache zwischen dem Machtgeber und dem Dritten bloß nach dem Inhalte der Vollmacht zu beurtheilen [3].“

4) Eben so wenig kömmt es darauf an, ob die offene Vollmacht dem Dritten wirklich vorgewiesen wird, oder ob dieser, indem er den Worten des Machthabers Glauben schenkt, auch ohne sich die Vollmacht vorweisen zu lassen, das Geschäft mit demselbem abschließt. — Diese Behauptung gehet schon aus dem oben entwickelten Grundsatze hervor, daß das Rechtsverhältniß zwischen dem Machtgeber und einem Dritten nur aus der offenen Vollmacht zu beurtheilen sey, und daß es bey Beantwortung der Frage, ob eine Vollmacht als eine offene oder geheime anzusehen sey, lediglich auf ihre Bestimmung, und nicht auf die von dem Bevollmächtigten abhängige Thatsache der Vorweisung ankomme. Uebrigens wird diese Behauptung auch durch den §. 1019 bestätigt, nach welchem in dem Falle, als der Machthaber den Auftrag, einem Dritten einen Vortheil zuzuwenden, erhalten hat, diesem Dritten schon durch die bloße Be-

1) I Th., 13 Titl., §§. 91 — 93.

2) Denn in diesem Falle bildet die Instruction gleichsam einen Theil der Vollmacht.

3) Hier kömmt es also nicht darauf an, ob der Bevollmächtigte die Instruction oder geheime Vollmacht wirklich vorweiset, sondern ob er sie vorzuweisen berechtiget ist.

nachrichtigung, sollte selbe auch nur von dem Machthaber geschehen, ein Recht erwächst, ohne daß hierzu die Vorweisung der Vollmacht nöthig wäre.

§. 1018.

Auch in dem Falle, daß der Gewaltgeber einen solchen Gewalthaber, der sich selbst zu verbinden unfähig ist, aufgestellt hat, sind die innerhalb der Gränzen der Vollmacht geschlossenen Geschäfte sowohl für den Gewaltgeber, als für den Dritten verbindlich.

1) Mit Personen, welche sich überhaupt zu verbinden unfähig sind, kann auch kein gültiger Bevollmächtigungsvertrag ohne Einwilligung ihrer gesetzlichen Vertreter eingegangen werden (§. 865), d. h. diese Personen können nie rechtlich angehalten werden, ihre gegebene Zusage wegen Besorgung des ihnen übertragenen Geschäftes zu erfüllen; sie können daher auch für den Nachtheil nicht verantwortlich werden, der aus der bloßen Nichtbefolgung des ihnen gegebenen Auftrages hervorgehet.

2) Wenn jedoch diese Personen das ihnen aufgetragene Geschäft richtig vollführen, erscheinen sie, in so weit sie innerhalb der erhaltenen Vollmacht handeln, als bloße Organe, durch welche sich der Wille des Machtgebers dem Andern kund macht. Der Umstand, daß sie sich selbst nicht verbindlich machen können, ist daher an und für sich kein Grund, dieselben von der Fähigkeit auszuschließen, für den Machtgeber Rechte zu erwerben und demselben Verbindlichkeiten aufzulegen, weil es im Grunde doch immer nur der Machtgeber selbst ist, der sich durch den in der Vollmacht ausgedrückten Willen diese Verbindlichkeiten auflegte. — Darum spricht sich hier das Gesetz im Allgemeinen dahin aus, daß auch solche Gewalthaber, die sich selbst zu verbinden unfähig sind, in so weit sie innerhalb der Gränzen der Vollmacht handeln, sowohl dem Machtgeber als dem Dritten Verbindlichkeiten aufladen können.

3) Doch kann dieser gesetzliche Ausspruch nur als Regel gelten, von der es allerdings Ausnahmen gibt. Einige Ausnahmsfälle springen wohl in die Augen. — So sind z. B. diejenigen, welchen der Gebrauch der Vernunft platterdings mangelt, und die daher aus diesem Grunde sich selbst zu verbinden außer Stande sind, gewiß auch unfähig, im Nahmen eines Anderen ein Versprechen zu machen oder es anzunehmen. — Die Behauptung, daß alle Personen, die sich selbst zu verbinden unfähig sind, doch als Bevollmächtigte gültige Rechtsgeschäfte abschließen können, wäre daher sicherlich irrig. Aus der klaren Absicht des Gesetzgebers, welche der gegenwärtigen Bestimmung zu Grunde liegt, leuchtet hervor, daß derselbe lediglich den Grundsatz feststellen wollte, daß die Unfähigkeit, sich selbst zu verbinden, nicht auch die Unfähigkeit im Nahmen eines Anderen ein verbindliches Geschäft einzugehen, in sich schließe. — Es kann aber Gründe dieser Unfähigkeit, sich selbst zu verbinden, geben, welche den Machthaber als ein untaugliches Organ für eine rechtskräftige Willensäußerung des Machtgebers darstellen. — Diese Bemerkung gibt den leitenden Gesichtspunct an die Hand, von dem man bey Feststellung der einzelnen Ausnahmsfälle von obiger Regel ausgehen muß. — Lautet die Vollmacht auf ein bestimmtes, einzelnes Geschäft, in welcher der Wille des Machtgebers so deutlich und bestimmt ausgedrückt ist, daß es nur eine Vorweisung derselben bedarf, um daraus den Willen des Machtgebers genau zu ersehen; so erscheint der Machthaber, wenn er die Vollmacht vorweiset, in Bezug auf das in der Vollmacht ausgedrückte Versprechen, lediglich als eine physische Maschine, zu der auch eine Person, die des Gebrauches der Vernunft unfähig ist, — sohin auch ein Irr- oder Blödsinniger verwendet werden kann. Der Rechtsgültigkeit des Versprechens steht daher in diesem Falle kein Hinderniß entgegen. — Ob aber dieser Bevollmächtigte auch als ein taugliches Organ zur Aufnahme der Erklärung der Annahme erscheine, hängt dann allerdings von dem Umstande ab, ob der Bevollmächtigte eine Person sey, welche nach dem Gesetze ein bloß zu ihrem Vortheile gemachtes Versprechen annehmen kann; denn die Vorschrift des gegenwärtigen §.

geht nur dahin, daß derjenige, welcher für sich allein unfähig ist, ein Versprechen zu machen, wodurch er selbst verbindlich werden sollte, nicht auch zugleich unfähig sey, im Nahmen eines Anderen ein Versprechen abzugeben; daraus läßt sich aber nicht folgern, daß derjenige, der ein bloß zu seinem Vortheile gemachtes Versprechen nicht annehmen kann, doch zur Annahme eines Versprechens im fremden Nahmen fähig sey; indem der Grund dieser Unfähigkeit, wie bey Erläuterung des §. 865 umständlicher auseinandergesetzt worden ist, von jener ganz verschiedener Natur ist. — Wer unfähig ist, ein zu seinem eigenen Vortheile gemachtes Versprechen anzunehmen, ist aus gleichem Grunde zur Annahme eines Versprechens im fremden Nahmen untauglich. — Wer aber unfähig ist, ein Versprechen anzunehmen, ist auch aus gleichem Grunde unfähig, die Erklärung der Annahme eines Versprechens aufzunehmen. Wenn daher dem Promissar durch eine solche Person ein nach dem oben gegebenen Falle gültiges Versprechen gemacht würde, so müßte er die Annahme unmittelbar gegen den Machtgeber innerhalb des im §. 862 festgesetzten Termines erklären; die Erklärung gegen den Machthaber würde nicht genügen. — Ist nun aber in der Vollmacht das Versprechen nicht so deutlich ausgedrückt, wie in obiger Erörterung vorausgesetzt wurde, und muß daher die Willensäußerung des Machthabers zur Ergänzung der Willensäußerung des Machtgebers hinzutreten; so kömmt es gleichfalls darauf an, ob der Machthaber eine Person sey, welche wenigstens fähig ist, ein zu ihrem Gunsten gemachtes Versprechen anzunehmen. Denn derjenige, dessen Willensäußerung bey Erklärung der Annahme eines Versprechens nicht beachtet werden kann, kann um so weniger eine von seiner eigenen Geistesthätigkeit abhängige gültige Willenserklärung für einen Anderen abgeben, wodurch dieser verpflichtet werden soll. — Wenn also z. B. A dem blödsinnigen B eine Vollmacht einhändiget, dem C sein Pferd um den Kaufschilling von 100 Ducaten zum Kaufe anzutragen, so gleicht dieser Antrag einem schriftlichen Versprechen; und wenn sich der C binnen der im §. 862 bestimmten Frist unmittelbar gegen den A zur Annahme erklärt, so kömmt der Vertrag zu Stande. Hätte er sich aber nur gegen den

B erkläret, so wäre dieses nicht hinreichend. — Hätte dagegen A dem B eine Vollmacht in der Art eingehändiget, dem C das Pferd zum Kaufe anzutragen, oder überhaupt den Kaufvertrag abzuschließen, die Bestimmung des Kaufpreises aber dem Letzteren überlassen; so wäre, wenn dann A mit dem vom B bestimmten Preise nicht zufrieden wäre, der Kaufvertrag als nicht geschlossen anzusehen.

4) Daß in den besonderen Fällen, wo aus einem aufgetragenen Geschäfte auch für den Machthaber Rechte entspringen (§§. 1004 u. 1014), dieselben auch einem solchen Machthaber (Nr. 1) zukommen, ist nicht zu bezweifeln, weil die Unfähigkeit, sich zur Uebernahme des Geschäftes verbindlich zu machen, die Fähigkeit nicht ausschließt, die aus der wirklichen Vollführung des Geschäftes gesetzlich für den Bevollmächtigten hervorgehenden Rechte und Vortheile anzunehmen. — In wie weit aber ein solcher Machthaber auch die aus einem solchen Geschäfte für den Machtgeber im Allgemeinen entspringenden Verbindlichkeiten auf sich zu nehmen habe, muß uns den allgemeinen Grundsätzen über Schadenersatz und Genugthuung entnommen werden. — Daraus läßt sich, wie Herr Hofrath v. Zeiller bemerkte, zugleich abnehmen, ob man einen solchen Bevollmächtigten anzuerkennen, und sich mit ihm in ein Geschäft einzulassen schuldig sey.

§. 1019.

Wenn der Machthaber den Auftrag, einem Dritten einen Vortheil zuzuwenden, erhalten und angenommen hat; so erlangt der Dritte, sobald er von dem Machtgeber oder Machthaber davon benachrichtiget worden ist, das Recht gegen den Einen oder den Andern Klage zu führen.

1) Aus einem Bevollmächtigungsvertrage entsteht zunächst nur ein Rechtsverhältniß zwischen den beyden Contrahenten, nicht auch für einen Dritten, welcher, obschon der Auftrag ein mit ihm

abzuschließendes Geschäft betrifft, noch keinen Theil daran genommen hat (§. 881).

2) Sobald aber der Dritte entweder von dem Machtgeber oder von dem Machthaber eine bestimmte Nachricht davon erhält; so wird ihm der Letztere als ein Stellvertreter des Ersteren angekündiget, der kraft der übernommenen Vollmacht das Geschäft mit ihm abschließen soll (§. 1009). Diese ertheilte Nachricht ist sohin nichts anderes, als ein gegen den Dritten gemachtes Versprechen, mittelst des Bevollmächtigten das bestimmte Geschäft mit ihm abschließen zu wollen (§. 936). — Damit aber ein solches Versprechen verbindlich sey, wird so, wie bey jedem anderen Vertrage, die Erklärung der Annahme von Seite des Promissars erfordert. Dieses erhellet nicht nur aus dem §. 936, welcher nur die Verabredung, einen Vertrag schließen zu wollen, verbindlich erklärt, sondern selbst aus dem allgemeinen, über Entstehung persönlicher Sachenrechte aufgestellten Grundsatze; denn entweder gründen sich die persönlichen Sachenrechte unmittelbar auf ein Gesetz, oder auf einen Vertrag, oder auf eine erlittene Beschädigung (§. 859). So lange aber das Versprechen weder voraus, noch nachher angenommen ist, entsteht kein Vertrag (§. 861); folglich ist auch in so lange kein zureichender Grund der Entstehung eines persönlichen Sachenrechtes, und eine aus einem solchen hervorgehende Klage vorhanden. Ein gemachtes Versprechen muß aber von dem Promissare binnen einem bestimmten Zeitpuncte (§. 862) angenommen werden, widrigenfalls ist es erloschen. Wenn ich daher dem A den Auftrag gebe, mein Reitpferd dem B zu verkaufen, und ich oder mein Bevollmächtigter den Letzteren von diesem Auftrage benachrichtige; so muß sich dieser binnen der bestimmten Zeit erklären, ob er das Versprechen, mit mir den Kaufvertrag durch den Bevollmächtigten abzuschließen, annehme; widrigens ich an mein Versprechen nicht gebunden wäre.

3) Nur wenn es sich, was der gegenwärtige §. eigentlich voraussetzt, um Zuwendung eines Vortheiles handelt, so scheinet hier das Gesetz die Annahme von Seite des Promissars

zu präsumiren. — Denn nur aus dieser Präsumtion läßt es sich erklären, daß der Gesetzgeber dem Promissar schon von dem Zeitpuncte der erhaltenen Nachricht ein Klagerecht einräumet. Hätte sich dieser Dritte gegen den Einen oder Andern ausdrücklich erklärt, daß er den ihm zugedachten Vortheil nicht annehme, wer wollte behaupten, daß diesem Dritten, wenn ihm in der Folge seine Erklärung gereuen sollte, doch das Klagerecht vorbehalten bliebe?

4) Das Gesetz sagt, daß der Dritte das Recht erlange, gegen den Einen oder gegen den Andern (nähmlich den Machtgeber oder Machthaber) Klage zu führen. — Es wird nun darauf ankommen, wer aus diesen Beyden ihm die Nachricht ertheilet hat. War es der Machtgeber, so wird der Dritte auch am klügsten handeln, gegen denselben die Klage anzubringen; weil er, wollte er die Klage gegen den Machthaber stellen, er noch insbesondere den Umstand zu erweisen hätte, daß derselbe den Auftrag wirklich erhalten und angenommen habe, indem die Nachricht, die ihm der Machtgeber ertheilte, nur gegen diesen, nicht aber auch gegen den Machthaber beweiset. Eben so wird in dem Falle, als der Machthaber den Dritten benachrichtiget hat, demselben anzurathen seyn, die Klage gegen diesen zu stellen, weil dessen Aeußerung nur gegen ihn, nicht aber gegen den Machtgeber beweiset. Würde binnen Jahresfrist auf Erfüllung der Zusage nicht gedrungen, so würde das Klagerecht erlöschen (§. 936).

§. 1020.

Auflösung des Vertrages durch Widerruf.

Es steht dem Machtgeber frey, die Vollmacht nach Belieben zu widerrufen; doch muß er dem Gewalthaber nicht nur die in der Zwischenzeit gehabten Kosten und den sonst erlittenen Schaden ersetzen, sondern auch einen der Bemühung angemessenen Theil der Belohnung entrichten. Dieses findet auch dann Statt, wenn die Vollen-

dung des Geschäftes durch einen Zufall verhindert worden ist.

1) Obschon Verträge in der Regel nicht einseitig aufgehoben werden können, so leidet dieses doch, wie v. Zeiller bemerkt, in so fern man auf sein Recht Verzicht thun kann (§. 1444), bey wohlthätigen Verträgen, worunter der Bevollmächtigungsvertrag seiner Natur nach gehört, eine Ausnahme. Bey Vollmachten tritt übrigens noch der besondere Grund hinzu, daß dabey ein beharrliches Zutrauen des Machtgebers erfordert wird, welches aus Ursachen, worüber sich oft nicht wohl rechten läßt, verloren gehen kann. Ich stimme daher auch ganz der weiteren Behauptung des Herrn Hofrathes v. Zeiller bey, daß selbst in dem Falle, daß der Machthaber auf längere Zeit oder auf lebenslang bestellt worden wäre, der Machtgeber, wenn er die Vollmacht ohne rechtsgültige Ursache vor der Zeit widerruft, zwar zur Fortsetzung der zugesicherten Belohnung, nie aber dazu angehalten werden könnte, daß er seine Geschäfte von dem ihm lästigen Machthaber besorgen lasse. — Es wollen zwar Einige die Wahrheit dieser Behauptung aus dem Grunde bezweifeln, weil die Bestimmungen, die das Gesetz bey Verträgen festsetzt, in der Regel nur für jene Fälle zu gelten haben, in welchen zwischen den Parteyen nichts besonders ausgemacht ist. — Allein diese Bemerkung gilt nur von den natürlichen Bestimmungen eines Vertrages, nicht auch von denjenigen, welche aus seiner Natur und seiner Wesenheit hervorgehen. Die gegenwärtige Anordnung muß aber als eine solche angesehen werden; denn der Machthaber erscheint, wie bereits bey Erläuterung des §. 1018 Nr. 2 bemerkt worden ist, lediglich als das Organ, mittelst welchem der Machtgeber mit dem Dritten Geschäfte abschließt, oder wodurch er überhaupt Handlungen unternimmt. Gibt der Machtgeber daher in der Folge seinen Willen auf, durch den Bevollmächtigten Handlungen zu unternehmen oder Geschäfte abzuschließen, so erscheint dieser nicht als das Organ, durch welches der Machtgeber handelt, sein Wille ist nicht mehr der Wille des Machtgebers; beyde, die in Beziehung auf einen

Dritten als Eine Person angesehen werden sollen, theilen sich in zwey Personen, deren beyderseitige Willensacte sich entgegen stehen. Sollte die Vollmacht noch fortan von Wirkung seyn, so müßte sich der Wille des Machtgebers dem des Machthabers unterwerfen; der Bevollmächtigte würde sohin von diesem Zeitpuncte aufhören, Bevollmächtigter zu seyn, und sich zum Curator seines Mandanten aufwerfen. Eine solche Curatel ist aber in dem Gesetze nicht gegründet.

2) Dem Machtgeber, der die Vollmacht widerruft, muß übrigens daran gelegen seyn, daß der Machthaber außer Lage gesetzt werde, von der ihm ausgestellten schriftlichen Bevollmächtigungsurkunde noch ferneren Gebrauch zu machen. — Er hat daher das Recht, sie zurückzufordern, in so fern der Gewalthaber nicht bereits in Folge der ihm ertheilten Vollmacht Handlungen unternommen hat, und er daher die Vollmacht zu seiner Rechtfertigung bedarf. — Sollte daher der Machthaber die Zurückstellung der Vollmacht aus dieser Ursache verweigern, so scheint dem Machtgeber das Recht zuzustehen, den Widerruf der Vollmacht auf der dießfälligen Urkunde selbst vormerken zu lassen; denn der Widerruf der Vollmacht allein, ohne Anmerkung desselben auf der Urkunde, kann nur Einfluß auf die Rechte des Machthabers selbst, keineswegs aber auf die Rechte derjenigen nehmen, welche sich auf den Grund dieser offenen Vollmacht sich in ein Geschäft mit dem Machthaber eingelassen haben, und denen der Widerruf der Vollmacht nicht bekannt geworden ist. — Dem Machtgeber müssen aber die Mittel zu Gebothe stehen, die Vollmacht mit der Wirkung zu widerrufen, daß auch dritte Personen dadurch außer Stand gesetzt werden, mit dem gewesenen Bevollmächtigten als solchen ein rechtsverbindliches Geschäft abzuschließen. — Der Bevollmächtigte hat nach geschehenem Widerrufe nur in so fern ein Recht auf die Vollmacht, als selbe dazu dienet, seine früheren Handlungen zu rechtfertigen; er kann daher nicht verweigern, mit der Vollmacht eine solche Veränderung vornehmen zu lassen, welche das von nun an bestehende Rechtsverhältniß zwischen dem Machtgeber und Machthaber für die Zukunft bezeichnet. — Sollte der Machtge-

ber, den Widerruf auf der Vollmacht anmerken zu lassen, geradezu verhindert werden, indem z. B. der Machthaber vorgibt, die Urkunde nicht mehr zu besitzen, so würde ihm bey obwaltender Gefahr nichts anderes erübrigen, als diesen Widerruf der Vollmacht in den öffentlichen Blättern kund zu machen, wodurch Jedermann gewarnet wird, sich mit dem Bevollmächtigten in ein Geschäft einzulassen; indessen scheint dieser öffentliche Widerruf keine hinreichende Sicherheit zu gewähren, da solche von Privaten veranlaßte Kundmachungen mit keinem eigentlichen Präjudiz für einen Dritten in Verbindung gesetzt werden können, und es müßte von dem Machthaber immer besonders nachgewiesen werden, daß dieser Dritte in die Kenntniß des Widerrufes gekommen sey.

3) Herr Hofrath v. Zeiller sagt in seinem Commentare, daß der Widerruf auch stillschweigend, wie durch Bestellung eines anderen Machthabers oder durch Verfügungen, womit der Auftrag unvereinbarlich ist, geschehen könne. — Doch diese Behauptung bedarf einer näheren Prüfung. Wird der Machthaber von dem Machtgeber von diesen getroffenen Verfügungen in Kenntniß gesetzt, dann ist ohne Zweifel diese Verständigung als ein stillschweigender Widerruf anzusehen. — Wird der Machthaber aber von dem Machtgeber hiervon nicht verständiget, und jener erhält auch auf anderem Wege keine Kenntniß von diesen getroffenen Verfügungen, dann ist es eben so wenig zweifelhaft, daß derselbe nicht dafür verantwortlich sey, wenn er das ihm übertragene Geschäft fortsetzet. — Nur für den Fall würde ein Zweifel erhoben werden können, wenn der Machtgeber solche Verfügungen getroffen hätte, und der Machthaber auf einem anderen Wege, als durch den Machtgeber, sey es unmittelbarer oder mittelbarer Weise, z. B. durch den neuen Bevollmächtigten, der sich aber auch als solchen auszuweisen hätte, zur Kenntniß derselben gelangt wäre. — Indessen scheint es mir, daß in diesem Falle der Machthaber noch immer berechtiget sey, das ihm aufgetragene Geschäft fortzusetzen, weil der Widerruf eine gegen den Mandatar abgegebene Erklärung voraussetzt. Daß

sich übrigens der Widerruf zugleich auf den vom Machthaber willkührlich ernannten Stellvertreter erstrecke, unterliegt keinem Zweifel.

4) Ist aber der Stellvertreter nicht bloß willkührlich von dem Machthaber ernannt, dann ist zu unterscheiden: a) ob der Stellvertreter ausdrücklich von dem Machtgeber bestimmt worden sey; oder b), ob dieser den Machthaber ermächtiget habe, einen Stellvertreter nach seinem Ermessen zu ernennen; oder endlich c), ob der Machthaber durch die Umstände gezwungen worden sey, einen Stellvertreter zu ernennen. In dem sub a) berührten Falle kann der Widerruf der an den eigentlichen Machthaber ausgefertigten Vollmacht nicht auch auf den Stellvertreter bezogen werden, indem die Berechtigung des Stellvertreters sich unmittelbar auf den Willen des Machtgebers gründet, und dieser so lange als fortdauernd anzusehen ist, bis nicht eine ausdrückliche, oder wenigstens ganz unzweydeutige Erklärung des Gegentheils erfolgt. — In dem Falle ad b) muß aber auch der Widerruf der Vollmacht sich auf den Substituten erstrecken; denn die Substitution ist hier lediglich in der Handlung des Bevollmächtigten gegründet, zu welcher derselbe zwar durch die gegebene Vollmacht berechtiget war, die er aber weiter fortzusetzen nicht befugt ist. In dem Falle ad c) endlich dauert die Substitution bis zum ausdrücklichen Widerrufe fort, weil nicht anzunehmen ist, daß der Machtgeber die durch die Umstände erzwungene Stellvertretung zu seinem offenbaren Nachtheile aufheben wolle. Eine Ausnahme hiervon würde in dem Falle eintreten, wenn durch den neu aufgestellten Bevollmächtigten die Nothwendigkeit eines Substituten wegfiele.

5) Wenn aber auch keine Dauerzeit der Bevollmächtigung bestimmt ist, so muß doch der widerrufende Machtgeber dem Machthaber sowohl den in der Zwischenzeit rechtmäßig gemachten Aufwand, als auch den, aus der Vollmacht (§§. 1014 und 1015) erlittenen Schaden ersetzen, wie auch die verheißene Belohnung, oder, wenn der Machthaber sein Geschäft noch nicht vollendet hat, wenigstens einen der bisherigen Bemühung angemessenen Theil derselben entrichten. Daß hier nur von dem Schaden die Rede sey, welcher in der Zwischenzeit entstanden ist,

und von welchem in den §§. 1014 und 1015 gesprochen wird, gehet theils aus der Textirung des gegenwärtigen §., theils aus der Betrachtung hervor, daß sich der Machtgeber nur des ihm durch den gegenwärtigen §. eingeräumten Rechtes bediene, ein solcher Schade aber nach der Vorschrift des §. 1305 nicht ersetzt werden muß, theils aus dem Schlußsatze, daß die Ersatzespflicht auch dann Statt finde, wenn die Vollendung des Geschäftes durch Zufall unterblieben ist. Diese letztere Vorschrift kann gewiß nicht auf den Schaden bezogen werden, welcher dem Gewalthaber durch den Zufall selbst zugehet, weil der bloße Zufall nur denjenigen trifft, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet hat (§. 1311).

§. 1021.

Durch die Aufkündung.

Auch der Machthaber kann die angenommene Vollmacht aufkünden. Wenn er sie aber vor Vollendung des ihm insbesondere aufgetragenen, oder vermög der allgemeinen Vollmacht angefangenen Geschäftes aufkündet; so muß er, dafern nicht ein unvorgesehenes und unvermeidliches Hinderniß eingetreten ist, allen daraus entstandenen Schaden ersetzen.

1) Obgleich es der Natur einer Bevollmächtigung nicht entgegen laufen würde, wenn der Gesetzgeber den Machthaber zur Fortsetzung seiner durch den Bevollmächtigungsvertrag übernommenen Verbindlichkeiten auch gegen seinen Willen zwingen wollte; so ist doch das zwischen dem Machtgeber und Machthaber bestehende Verhältniß von der Art, daß es nicht rathsam erscheint, den Machthaber zur Fortsetzung eines solchen Verhältnisses mit Zwang anzuhalten. — Daher gestattet der Gesetzgeber auch dem Machthaber, die angenommene Vollmacht aufzukünden, d. i. mit Rechtswirkung zu erklären, daß er das ihm übertragene Geschäft im Nahmen seines Machtgebers nicht mehr führen wolle. — Hat der Bevollmächtigte eine allgemeine Vollmacht, und hat er entweder noch gar keine Geschäftsbesorgung angefangen, oder ein

angefangenes, einzelnes, darunter begriffenes Geschäft bereits vollendet; so kann er die Vollmacht ohne Anstand aufkünden.

2) Ist aber dem Machthaber ein besonderes Geschäft aufgetragen, oder hat er kraft der allgemeinen Vollmacht ein Geschäft angefangen, und nicht vollendet; so muß er, wenn die Aufkündung ohne ein unvermeidliches und unvorgesehenes Hinderniß geschieht, dem Machtgeber allen aus der unzeitigen Aufkündung entspringenden Schaden ersetzen (§. 1293). Die weiteren auch nach der geschehenen Aufkündung zu erfüllenden Pflichten folgen unten (§. 1025). Uebrigens kann die Aufkündung zu mehrerer Sicherheit auch gerichtlich geschehen.

§. 1022.

Durch den Tod.

In der Regel wird die Vollmacht sowohl durch den Tod des Gewaltgebers als des Gewalthabers aufgehoben. Läßt sich aber das angefangene Geschäft ohne offenbaren Nachtheil der Erben nicht unterbrechen, oder erstreckt sich die Vollmacht selbst auf den Sterbefall des Gewaltgebers; so hat der Gewalthaber das Recht und die Pflicht, das Geschäft zu vollenden.

1) Daß die Vollmacht durch den Tod des Gewalthabers erlösche, ist in der Natur der Sache gegründet, weil der Machtgeber immer die persönlichen Fähigkeiten und Eigenschaften desjenigen berücksichtiget, welchem er seine Geschäfte überhaupt, oder ein einzelnes Geschäft anvertraut hat; diese Fähigkeiten und Eigenschaften gehen auf die Erben des Machthabers nicht über. — Aber auch das Vertrauen, welches der Machtgeber in die Kenntnisse und den guten Willen des Machthabers setzet, pflanzet sich nicht nothwendig auch auf die Erben des ersteren fort, und auch der Machthaber berücksichtiget die persönlichen Eigenschaften seines Machtgebers, und ist daher anzunehmen, daß er sich ihm nur persönlich verbindlich gemacht habe. Daher verordnet hier das Gesetz im Allgemeinen, daß in der Regel die Vollmacht so-

wohl durch den Tod des Gewaltgebers, als des Gewalthabers aufgehoben werde.

2) Eine Ausnahme von dieser Regel tritt ein, wenn ein angefangenes Geschäft ohne offenbaren Nachtheil der Erben, nähmlich des Machtgebers, sich nicht unterbrechen läßt. Herr Hofrath v. Zeiller sagt zwar in seinem Commentare, daß hierunter auch die Erben des Machthabers verstanden werden, und es kann zur Begründung dieser Meinung angeführt werden, daß im Eingange des gegenwärtigen §. von dem Tode des Gewaltgebers und des Gewalthabers gesprochen, und dann von den Erben im Allgemeinen, ohne Unterschied, Erwähnung gemacht werde. — Dessenungeachtet scheint mir diese Meinung irrig zu seyn; denn a) ist nicht leicht einzusehen, wie den Erben des Machthabers durch Unterbrechung des demselben übertragenen Geschäftes ein Nachtheil zugehen sollte. — Wurde dem Machthaber für die Zustandebringung des Geschäftes eine Belohnung zugesichert, so geht freylich für die Erben dieser Vortheil verloren; allein es handelt sich hier nicht um den Entgang eines Gewinnes oder Vortheiles, — sondern um einen offenbaren Nachtheil oder Schaden, der den Erben an ihrem Vermögen oder Rechten zugehen würde (§. 1293). b) Diese Ansicht wird auch durch die vorhergegangenen §§. 1020 u. 1021 bestätigt. Der §. 1020 stellt es nähmlich dem Machtgeber frey, die Vollmacht nach Belieben zu widerrufen; nur hat er dem Gewalthaber die in der Zwischenzeit gehabten Kosten, und den sonst (§§. 1014 u. 1015) erlittenen Schaden zu ersetzen; der §. 1021 aber, welcher ein ähnliches Recht dem Machthaber einräumet, verpflichtet ihn im Falle einer unzeitigen Aufkündung, allen daraus entstandenen Schaden zu ersetzen. Es wird daher entweder vorausgesetzt, daß durch den Widerruf der Vollmacht für den Machthaber kein Schade entspringen könne, — oder das Gesetz macht hier absichtlich einen Unterschied zwischen dem Schaden, den der Machthaber aus dem Widerrufe der Vollmacht leidet, und demjenigen, der für den Machtgeber daraus entsteht. — Es ist aber nicht einzusehen, warum den Erben des Machthabers ein mehreres Recht gebühren soll, als dem

Machthaber selbst. Endlich c) bezieht sich der Schlußsatz, daß der Gewalthaber das Recht und die Pflicht habe, das Geschäft zu vollenden, auf beyde Ausnahmsfälle, folglich auch auf den, wenn sich das angefangene Geschäft ohne offenbaren Nachtheil der Erben nicht unterbrechen läßt. — Würden nun unter den Erben auch die des Machthabers verstanden, so würde denselben eine Pflicht auferlegt, ihren eigenen Nachtheil von sich abzuwenden, was mit der rechtlichen Freyheit eines Jeden, mit dem Seinen nach Belieben zu schalten, unverträglich wäre. — Diese Unzukömmlichkeit hat Herr Hofrath v. Zeiller in seinem Commentare stillschweigend selbst dadurch bemerkt, daß er sagt: in einem solchen Falle sey der Erbe zwar nicht verpflichtet, aber berechtiget, das Geschäft fortzusetzen, oder, wenn ihm die Fortsetzung verweigert würde, die Entschädigung zu verlangen. — Allein, wenn man unter den Erben auch die des Machthabers versteht, so läßt sich diese Unterscheidung mit den Worten des §. kaum in Einklang bringen. — Den Worten des gegenwärtigen §. wird ungleich weniger Gewalt angethan, wenn man den Ausdruck „Erben" hier nur auf den Gewaltgeber bezieht.

3) Eine zweyte, öfter vorkommende Ausnahme ist, wenn der Machtgeber ausdrücklich die Vollmacht für sich und seine Erben ausgestellt hat. Durch die Annahme einer solchen Vollmacht verpflichtet sich der Machthaber, das angefangene Geschäft noch nach dem Tode des Machtgebers zu Gunsten der Erben desselben zu vollenden. — Eine Vollmacht, welche sich selbst auf die Erben des Gewalthabers ausdehnte, wird kaum vorkommen. — Sollte sie jedoch wirklich vorkommen, so wäre sich auch darnach zu achten; denn durch die eingereichte Erbserklärung machen sich die Erben stillschweigend verbindlich, alle jene Verbindlichkeiten des Erblassers zu übernehmen, die nicht auf seine Person beschränkt sind (§. 531), welcher Fall eben durch die ausdrückliche Ausdehnung der Vollmacht auf die Erben wegfällt; und hat der Machtgeber kein Vertrauen in die Fähigkeit und den guten Willen der Erben, so steht es ihm frey, die Vollmacht ausdrücklich zu widerrufen (§. 1020).

§. 1023.

Die von einem Körper (Gemeinschaft) ausgestellten und übernommenen Vollmachten werden durch die Erlöschung der Gemeinschaft aufgehoben.

Wenn schon mit dem Tode einer einzelnen physischen Person die Vollmacht erlischt, ungeachtet eine förmliche Repräsentation der Verstorbenen eintritt (§. 547); so muß die Vollmacht, welche eine moralische Person, eine Gemeinschaft oder Gesellschaft ausgestellt hat, um so mehr bey dem Aufhören der Gemeinschaft erlöschen, als hier nicht so, wie bey physischen Personen, eine Repräsentanz eintritt.

§. 1024.

Oder durch den Concurs.

Verfällt der Machtgeber in Concurs; so sind alle Handlungen, die der Gewalthaber nach Kundmachung des Concurses im Nahmen des Concurs-Schuldners unternommen hat, ohne Rechtskraft. Eben so erklärt die Verhängung des Concurses über das Vermögen des Machthabers schon an und für sich die ertheilte Vollmacht für aufgehoben.

1) Wenn ein Concurs eröffnet wird, so hat der competente Concursrichter sogleich ein Edict auszufertigen, worin alle, welche eine Forderung an den Verschuldeten haben, vorgeladen werden, und ihnen aufgetragen wird, daß sie ihre Forderungen bis an einem zu bestimmenden Tage anmelden sollen [1]); dieses Edict wird, wie es jeden Orts Herkommen ist, angeschlagen und kundgemacht [2]), und ist der Concurs von dem Tage an, als die Concursedicte kund gemacht worden sind, für eröffnet zu halten [3]). Mit der Eröffnung des Concurses verliert aber der Schuldner

1) Allg. G. O; §. 7.
2) Ebenda §. 9.
3) Ebenda §. 5.

das eigene Dispositionsrecht über sein Vermögen, und fällt dasselbe der Gesammtheit der Gläubiger, welche das Vermögen des Cridatars nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften zu ihrer eigenen Befriedigung verwenden, anheim. — Aus dem Rechtsverhältnisse, in welchem sich ein solcher Schuldner von Zeit der Eröffnung des Concurses an befindet, rechtfertigt sich gegenwärtige Vorschrift, zufolge welcher die von dem Cridatar ertheilte Vollmacht mit der Eröffnung des Concurses erlischt, von selbst. — Der Bevollmächtigte muß daher auch die angefangenen Geschäfte, in so weit es ohne offenbaren Nachtheil der Masse geschehen kann, bis auf weitere Anweisung im unveränderten Zustande lassen.

2) Der Grund, warum auch die Verhängung des Concurses über das Vermögen des Machthabers die ertheilte Vollmacht für aufgehoben erkläret, liegt darin, weil ein solcher Machthaber das Zutrauen des Machtgebers, wenn nicht in seine Redlichkeit, doch in seine Geschicklichkeit und Haftungsfähigkeit (§. 1014) verliert. Zwar kann man, wie v. Zeiller bemerkt, auch wissentlich einem rechtlich Unfähigen Aufträge geben; allein es ist nicht zu vermuthen, daß man sie von jenem, der unerwartet erst in der Folge unfähig geworden ist, wolle fortsetzen lassen, besonders da auch andere Personen ein gegründetes Bedenken nehmen, mit einem solchen Bevollmächtigten Geschäfte abzuschließen.

§. 1025.

In wie fern die Verbindlichkeit fortdaure,

Wird die Vollmacht durch Widerruf, Aufkündung, oder durch den Tod des Gewaltgebers oder Gewalthabers aufgehoben; so müssen doch die Geschäfte, welche keinen Aufschub leiden, so lange fortgesetzt werden, bis von dem Machtgeber oder dessen Erben eine andere Verfügung getroffen worden ist, oder füglich getroffen werden konnte.

1) Daß in die gegenwärtige Vorschrift auch der Fall einbezogen worden sey, wenn die Vollmacht durch Widerruf aufgehoben wird, dürfte für den ersten Augenblick etwas sonderbar scheinen, weil es sich hier ja der Machtgeber lediglich selbst zuzuschreiben hätte, wenn er verabsäumte, mit dem Widerrufe der Vollmacht zugleich die Vorsorge zu treffen, daß die dem Bevollmächtigten anvertrauten Geschäfte sogleich durch einen Anderen fortgesetzt werden. — Allein es ist hier in Erwägung zu nehmen, daß der Machtgeber nicht immer weiß und wissen kann, in welche Geschäfte sich der Machthaber bereits eingelassen hat, und wie weit es darin gekommen sey; auch können sich Fälle ereignen, wo eine unverzügliche Widerrufung der Vollmacht sich zur Verhüthung von weiteren Nachtheilen als nothwendig darstellet. Setzen wir z. B.: der Machtgeber habe in Erfahrung gebracht, daß der Machthaber die für ihn (Machtgeber) eingenommenen Gelder zu eigenen Speculationen verwende, — er widerruft daher die Vollmacht augenblicklich, um den Bevollmächtigten in der Empfangnahme neuer Gelder zu hindern, kann aber nicht wollen, daß der Bevollmächtigte bey der in einigen Tagen angeordneten Tagsatzung ausbleibe, und ihm dadurch ein Contumaz-Urtheil erwirke.

2) Wird die Vollmacht durch den Tod des einen Theiles aufgehoben, so muß dem anderen Theile oder dessen Erben, dafern ihnen der Todfall unbekannt seyn kann, Nachricht davon gegeben werden. So lange der eine Theil nicht überzeugt ist, daß der andere Theil von dem Todfalle in Kenntniß gesetzt sey, muß er die ihm übertragenen Geschäfte immer noch fortsetzen; ja selbst von dem Zeitpuncte an, als dem anderen Theile der Todfall bekannt wird, muß der Machthaber oder dessen Erbe noch einen angemessenen Zeitraum, binnen welchem der Machtgeber oder dessen Erben sich in die Lage setzen können, die weiteren Vorkehrungen zu treffen, zuwarten, bevor er das ihm übertragene Geschäft fortzuführen aufhört. Es ist räthlich, daß der Machthaber oder dessen Erben dem anderen Theile den Termin, binnen welchem sie sich noch der Fortführung des Geschäftes unterziehen wollen, bekannt machen, oder nach Umständen diesen

Termin von dem Gerichte bestimmen lassen. — Nach Verlauf dieses den Umständen angemessenen Termins müssen sich die Machtgeber den Nachtheil aus der Unterbrechung des Geschäftes selbst beymessen, und der Machthaber oder dessen Erben sind, wenn sie die Geschäfte ohne Verpflichtung länger fortsetzen, als Geschäftsführer ohne Auftrag zu behandeln.

3) Daß die Auflösung des Bevollmächtigungsvertrages nur für die Zukunft wirke, und auf die dadurch bereits erworbenen Rechte keinen Einfluß habe; daß sohin der Machtgeber oder dessen Erben dem Machthaber oder dessen Erben den Ersatz des Aufwandes oder der erlittenen Beschädigung und die rückständige Belohnung entrichten müssen (§. 1020), und daß auch diese verpflichtet bleiben, über das geführte Geschäft Rechnung abzulegen (§. 1012), unterliegt wohl keinem Zweifel. Um so weniger werden dadurch die zwischen einem Dritten und dem Bevollmächtigten innerhalb der Gränzen der offenen Vollmacht abgeschlossenen Geschäfte dadurch aufgehoben.

§. 1026.

Auch bleiben die mit einem Dritten, dem die Aufhebung der Vollmacht ohne sein Verschulden unbekannt war, geschlossenen Verträge verbindlich, und der Gewaltgeber kann sich nur bey dem Gewalthaber, der die Aufhebung verschwiegen hat, wegen seines Schadens erholen.

Die vorzüglichsten positiven Gesetzgebungen, nähmlich das gemeine Recht, das preußische und französische Civilgesetzbuch stimmen mit dem österreichischen Civilrechte durchgehends darin überein, daß in dem Falle, wenn dem Machtgeber die Personen, mit welchen sein Machthaber in Unterhandlungen stand oder stehen mußte, bekannt waren, folglich er sie aus seinem Verschulden von der Aufhebung zu benachrichtigen, und vor Schaden sicher zu stellen, unterließ, die mit einem Dritten, dem die Aufhebung der Vollmacht ohne sein Verschulden unbekannt war, geschlossenen Verträge verbindlich bleiben; allein für den Fall, wo dem Machtgeber die Personen, mit welchen in seinem Nah-

men von dem Machthaber Geschäfte oder Unterhandlungen vorgenommen wurden, nicht bekannt waren, und nicht leicht bekannt seyn konnten, stimmen die dießfälligen Anordnungen der fremden Gesetzbücher nicht durchgehends überein, indem z. B. das preußische Landrecht in diesem Falle den Gewaltgeber von der Haftung freyspricht [1]), während das gemeine Recht [2]) und der französische Civilcodex dem obigen Grundsatze getreu bleibt. Der österreichische Gesetzgeber hielt die Bestimmungen der letzteren beyden Gesetzgebungen den Forderungen der Gerechtigkeit mehr entsprechend, indem einerseits der Machtgeber von allem Verschulden kaum freygesprochen werden kann, und andererseits der Machtgeber eher in der Lage ist, den Ersatz des erlittenen Schadens von dem Bevollmächtigten einzubringen, als der Dritte, der sich mit dem Machthaber in ein Geschäft eingelassen hat. — Es ist hier eine offenbare Aehnlichkeit zwischen dem gegenwärtigen Falle und demjenigen vorhanden, von welchem im §. 367 die Rede ist; und einer der bey Erläuterung des §. 367 Nr. 5 berührten Gründe tritt auch hier ein. Das Nähmliche ist, wie v. Zeiller bemerkt, auch auf den Fall anzuwenden, wenn Jemand redlicher Weise mit dem Bevollmächtigten ein Geschäft über eine Sache geschlossen hat, die inmittelst unmittelbar von dem Gewaltgeber selbst einem Andern überlassen worden ist.

§. 1027.

Stillschweigende Bevollmächtigung der Dienstpersonen.

Die in diesem Hauptstücke enthaltenen Vorschriften haben auch ihre Anwendung auf die Eigenthümer einer Handlung, eines Schiffes, Kaufladens oder anderen Gewerbes, welche die Verwaltung einem Factor, Schiffer, Ladendiener oder andern Geschäftsträgern anvertrauen.

1) I. Th., Tit. 13, §§. 170 und 171.
2) §. 10., J. et I. 26., §. 1, D. mand.

§. 1028.

Die Rechte solcher Geschäftsführer sind vorzüglich aus der Urkunde ihrer Bestellung, dergleichen unter Handelsleuten das ordentlich kund gemachte Befugniß der Unterzeichnung (Firma) ist, zu beurtheilen.

1) Bisher wurde von einer ausdrücklichen Privat-Bevollmächtigung gehandelt (§§. 1003 — 1026). Davon unterscheidet sich die stillschweigende, welche auf dem Grundsatze beruhet, daß, wenn Jemanden ausdrücklich ein weit umfassendes Hauptgeschäft anvertraut worden ist, ihm auch die als nothwendige und zweckmäßige Mittel damit verbundenen, allenfalls mit Anderen abzuschließenden Nebengeschäfte überlassen seyn (§. 1009). Solche Bevollmächtigte sind hauptsächlich: Factoren, Buchhalter, Cassiere, Ladendiener, Schiffer, Fuhrleute, von denen aber sowohl die eigentlichen Dienstpersonen (§. 1032), als auch die nur zur Verrichtung gewisser Arbeiten und Dienste bestellten Personen (§. 1163) zu unterscheiden sind [1]).

2) Factor (Handlungsvorsteher, Disponent, Complementar, Procuraträger) ist jene Person, welcher ein Handelsmann die Leitung seiner ganzen Handlung, oder doch eines Theils seiner Geschäfte übertragen hat. — Die Beschäftigung des Buchhalters besteht wesentlich in der Eintragung der Handelsgeschäfte aus den Nebenbüchern in das Hauptbuch zur Formirung der Conti. Dem Cassiere liegt die Besorgung der Handlungscasse und die Führung des Cassebuches ob [2]). Die Comis und Ladendiener besorgen den Verkauf der einzelnen Handlungsartikel.

3) Die Bestellung eines Factors geschieht durch Vollmacht (Procura), welche von dem Handlungsprincipale unter seiner angenommenen Firma dem bestellten Disponenten zu seiner Legitimation ausgestellet, und von dem letzteren zum Zeichen der Annahme derselben mitgefertiget wird. Ist die Firma des Princi-

1) Siehe v. Zeiller's Commentar.

2) Siehe Lehrbuch des österreichischen Handelsrechtes von Dr. und Professor Franz Fischer. Prag 1823, §§. 116 — 130.

pals bey dem Mercantil- und Wechselgerichte protocollirt, so muß die dem Factor ertheilte Procura bey eben dieser Behörde niedergelegt und protocollirt werden, und er kann hiervon eine beglaubte Abschrift zu seiner Legitimation erheben. Auch wird die ertheilte Procura den Handelsfreunden durch Rundschreiben bekannt gemacht, damit sie sowohl von dem Umfange derselben, als auch von den Schriftzügen, mit welchen der bestellte Factor firmiren wird, Kenntniß erhalten. — Wurde die Procura bey dem Mercantil- und Wechselgerichte zur Protocollirung nicht eingelegt, so verlieren zwar dadurch jene Geschäfte, welche der Factor dem Inhalte der Vollmacht gemäß unternommen hat, nichts von ihrer Gültigkeit, aber der Principal hat, wenn die Einlegung der Procura nicht binnen 6 Wochen geschehen ist, eine Geldstrafe von 50 Reichsthalern verwirkt [1]). Eine solche Procura ist ganz nach den allgemeinen Vorschriften über Vollmachten zu behandeln. Nur in Ansehung der Erlöschung derselben ist zu bemerken, daß eine kund gemachte und bey dem Mercantil- und Wechselgerichte protocollirte Procura gegen dritte Personen, mit welchen der Factor Geschäfte geschlossen hat, so lange als bestehend anzusehen sey, bis sie aus dem Mercantil- und Wechselprotocolle gelöscht, und ihre Zurücknahme gehörig bekannt gemacht worden ist, ohne Rücksicht, ob sie auf bestimmte oder unbestimmte Zeit ertheilt worden, und im ersten Falle die Dauer ihrer Zeit schon abgelaufen ist oder nicht [2]).

4) Der Umfang der Berechtigung der Nr. 1 berührten Geschäftsführer wird daher auch durch den Inhalt der für sie ausgestellten Vollmachten, oder der zwischen ihnen bestehenden Dienstesverträge bestimmt. Es muß daher derjenige, der mit solchen Personen im Nahmen ihres Principals mit Sicherheit Geschäfte eingehen will, sich vor Allem darum bekümmern, ob sie mit Vollmachten oder Bestellungsurkunden versehen sind. Was in dem Falle Rechtens sey, wenn keine Vollmachts- oder Bestellungsurkunden vorhanden sind, wird durch die folgenden §§. bestimmt.

---

1) W. O. v. J. 1763, Art. 8. Odiges Lehrbuch §. 118.

2) W. O. v. J. 1763, Art. 8, §. 1211 des b. G. B. Odiges Lehrbuch §. 121.

§. 1029.

Ist die Vollmacht nicht schriftlich gegeben worden; so wird ihr Umfang aus dem Gegenstande, und aus der Natur des Geschäftes beurtheilt. Wer einem Andern eine Verwaltung anvertraut hat, von dem wird vermuthet, daß er ihm auch die Macht eingeräumt habe, alles dasjenige zu thun, was die Verwaltung selbst erfordert, und was gewöhnlich damit verbunden ist (§. 1009).

§. 1030.

Gestattet der Eigenthümer einer Handlung oder eines Gewerbes seinem Diener oder Lehrlinge, Waaren im Laden oder außer demselben zu verkaufen; so wird vermuthet, daß sie bevollmächtiget seyn, die Bezahlung zu empfangen, und Quittungen dagegen auszustellen.

§. 1031.

Die Vollmacht, Waaren im Nahmen des Eigenthümers zu verkaufen, erstreckt sich aber nicht auf das Recht, in seinem Nahmen Waaren einzukaufen; auch dürfen Fuhrleute weder den Werth der ihnen anvertrauten Güter beziehen, noch Geld darauf anleihen, wenn es nicht ausdrücklich in Frachtbriefen bestimmt worden ist.

1) Im Abgange einer schriftlichen Urkunde ist darauf zu sehen, welches Hauptgeschäft von einem solchen Bevollmächtigten unter den Augen seines Bestellers geführt werde, und welche Nebengeschäfte wesentlich oder doch ordentlicher Weise damit verknüpft seyn; indem daraus wenigstens eine gegründete Vermuthung entsteht, daß ihm alle diese Geschäfte zur Besor-

gung überlassen seyn [1]). Gegen eine jede Vermuthung hat aber vermög ihres Begriffes ein zweyfacher Gegenbeweis Statt, nähmlich ein Gegenbeweis hinsichtlich ihres Vermuthungsgrundes, und ein Gegenbeweis in Ansehung des vermutheten Factums. Der erste ist, weil der Vermuthungsgrund bewiesen werden muß, gegen einen Beweis; der zweyte gegen die aus dem bewiesenen Factum gezogene Schlußfolgerung gerichtet. Sowohl durch den einen, als auch durch den anderen Gegenbeweis fällt für denjenigen, der sich auf die Vermuthung beruft, die günstige Folge weg [2]).

2) Wenden wir nun diese Bemerkung auf die in den §§. 1029 und 1030 berührten Fälle an, so ergibt sich folgendes Resultat: Wer behauptet, daß Jemanden eine Verwaltung anvertraut worden ist, oder daß der Eigenthümer einer Handlung oder eines Gewerbes seinem Diener oder Lehrlinge Waaren im Laden oder außer demselben zu verkaufen anvertraut habe, hat dieses Factum zu erweisen. — Hat er diese aber erwiesen, so knüpft sich an diesen Beweis, ohne eines weiteren Beweises mehr zu bedürfen, die Vermuthung des weiteren Umstandes an, daß dem Verwalter auch die Macht eingeräumt worden sey, alles dasjenige zu thun, was die Verwaltung selbst erfordert oder gewöhnlich damit verbunden ist, und daß der Diener oder Lehrling auch bevollmächtiget sey, die Bezahlung zu empfangen, und die Quittungen dagegen auszustellen. — Der Beweis des ersteren Thatumstandes kann aber nicht nur dadurch geliefert werden, daß die schriftliche Vollmacht beygebracht, oder über den mündlich ertheilten Auftrag der Zeugenbeweis geführet werde, sondern auch dadurch, daß dargethan wird, der Eigenthümer habe solche Handlungen unternommen, welche mit Ueberlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, an dieser Berechtigung zu zweifeln, übrig lassen; z. B. man sieht, wie der Ladendiener in Gegenwart seines Herrn, ohne sich mit ihm ins Einvernehmen zu setzen, mit den Parteyen über den Preis der Waare verhandelt, und den Kaufvertrag abschließt. — Liefert nun der

1) Siehe v. Zeillers Commentar.

2) Siehe die Abhandlung des Herrn Prof. u. Dr. Helm in der Wagn. Zeitschr. 1825. XII. Heft, S. 364.

Eigenthümer den Beweis, daß er seinen Verwalter oder seinen Ladendiener mehr beschränkt, z. B. Letzterem verbothen habe, Gelder in Empfang zu nehmen; so ist zu unterscheiden, ob dieser Beweis gegen den Bevollmächtigten selbst, oder gegen den Dritten, welcher mit Ersterem das Geschäft abschloß, und sich über die Beschränkung der Vollmacht in schuldloser Unwissenheit befand, geführt wird. Gegen den Ersteren wird dieser Gegenbeweis allerdings von Wirkung seyn, nicht aber gegen den Letzteren; denn indem das Gesetz bestimmt, daß von demjenigen, welcher Jemanden eine Verwaltung anvertraut hat, vermuthet werde, er habe ihm auch die Macht eingeräumt, alles dasjenige zu thun, was gewöhnlich mit der Verwaltung verbunden ist, dann daß insbesondere von dem Eigenthümer einer Handlung oder eines Gewerbes, der seinem Diener Waaren zu verkaufen gestattet, auch angenommen werden müsse, daß er ihn bevollmächtigt habe, die Bezahlung hiefür in Empfang zu nehmen: so sind bey dem Umstande, als die Kenntniß eines gehörig kundgemachten Gesetzes bey jedem Einwohner des Staates vorausgesetzt wird, diese gesetzlichen Bestimmungen in Ansehung des Umfanges der Vollmacht stillschweigend in den Willen des Machtgebers aufgenommen anzusehen, und sie vertreten zugleich in Beziehung auf den Dritten, der sich nur an das Erkennbare und Beurtheilbare halten kann, so lange ihm das Gegentheil ohne sein Verschulden unbekannt ist, die Stelle einer offenen, ihm erkennbaren Vollmacht; und es ist daher die gemachte Beschränkung, welche dem Dritten ohne sein Verschulden unbekannt geblieben ist, als eine geheime Vollmacht anzusehen, welche auf das Rechtsverhältniß des Machtgebers zu dem Dritten von keiner rechtlichen Wirkung ist (§. 1017) [1].

3) Der letzte hier aufgeführte §. sucht einer ungebührlichen Ausdehnung der in den früheren Paragraphen enthaltenen Vorschriften zu begegnen.

---

1) Siehe obige Abhandlung S. 365 u. 367.

§ 1032.

Dienstgeber und Familienhäupter sind nicht verbunden, das, was von ihren Dienstpersonen oder andern Hausgenossen in ihrem Nahmen auf Borg genommen wird, zu bezahlen. Der Borger muß in solchen Fällen den gemachten Auftrag erweisen.

Eigentliche Dienstpersonen, welche für einen bestimmten Lohn bey Privaten zu (häuslichen) Diensten, die weder in Ausübung einer Kunst, oder eines Gewerbes bestehen, noch eine wissenschaftliche Vorbereitung voraussetzen, sich verdingen, sind, wie Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt, ordentlicher Weise nicht dazu bestimmt, mit anderen Personen Geschäfte, zumahl auf Borg, im Nahmen ihrer Dienstgeber abzuschließen; und eben so wenig sind es die Familienglieder im Nahmen des Familienhauptes. — Sie bedürfen hierzu einer ausdrücklichen, schriftlichen oder mündlichen Vollmacht.

§. 1033.

Besteht aber zwischen dem Borgnehmer und dem Borggeber ein ordentliches Einschreibebuch, worin die ausgeborgten Sachen aufgezeichnet werden; so gilt die Vermuthung, daß der Ueberbringer dieses Buches bevollmächtiget sey, die Waare auf Borg zu nehmen.

1) Damit dieses Einschreibebuch die Stelle einer Vollmacht vertrete, und sowohl der Borggeber als der Borgnehmer vor Schaden bewahret werde, ist, wie gleichfalls bereits Herr Hofrath v. Zeiller bemerkte, nothwendig, daß der Erstere unmittelbar von dem Letzteren die Versicherung erhalte, daß mit seinem Wissen und Willen ein solches Einschreibebuch bestehe; und daß das Buch keine anderen, als die dahin gehörigen Borgposten enthalte. — Uebrigens ist es nicht nothwendig, daß das Einschreibebuch immer von der nähmlichen Person zum Borgnehmen überbracht wer-

de. Der Borgnehmer, oder derjenige, dem er das Einschreibebuch anvertrauet, muß Sorge tragen, daß es nicht in andere, unsichere Hände gerathe.

2) Es geschieht sehr oft, daß derjenige, welcher ein Geld entweder als Darleihen oder Zahlung zu empfangen hat, einer Dienstperson (im weiteren Sinne des Wortes) oder überhaupt einem Dritten den Schuldschein oder die Quittung mit dem Auftrage übergibt, das Geld für ihn in Empfang zu nehmen, ohne denselben zur Legitimation mit einer besonderen Vollmachtsurkunde zu versehen. Es entsteht nun die Frage, ob der Zahler durch die Einhändigung des Schuldscheins oder der Quittung vollkommen gesichert sey? — Es ist zweifelsfrey, daß der in seinen Händen befindliche Schuldschein oder die Quittung (vorausgesetzt, daß diese Urkunden mit den gehörigen Förmlichkeiten versehen sind) vollkommenen Beweis über die wirkliche Zuzählung des Geldes zu Handen des Ausstellers mache; allein dieser Beweis kann durch den Gegenbeweis entkräftet werden, wenn nähmlich der Aussteller darthut, daß das Geld nicht ihm, sondern einem Dritten ausbezahlt worden sey. Stellt er nun diesen Beweis her, so kommt es lediglich darauf an, ob derjenige, der gegen Uebergabe des Schuldbriefes oder der Quittung das Geld in Empfang genommen hat, als ein Bevollmächtigter des Ausstellers dieser Urkunde angesehen werden könne? — Wäre dieses der Fall nicht, so könnte der Darleiher von dem Aussteller des Schuldbriefes nichts fordern, und der Schuldner müßte ungeachtet der vorliegenden Quittung seine Schuld zum zweyten Mahle bezahlen. Kann der Zahler erweisen, daß der Schuldschein oder die Quittung wirklich von dem Aussteller diesem Dritten eingehändigt worden sey; so wäre dadurch dargethan, daß jener eine Handlung unternommen habe, welche mit Ueberlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, an der Bevollmächtigung des Letzteren zu zweifeln, übrig läßt (§ 863). Schwieriger aber ist die Beantwortung der Frage, was Rechtens sey, wenn dieses der Fall nicht ist, wenn z. B. der Schuldschein oder die Quittung verloren gegangen, und dadurch in den Besitz eines Andern gekommen wäre, der diesen Umstand unredlicher Weise dahin benützte, daß er sich für den Bevollmäch-

tigten zu Erhebung des Geldes ausgab, und es dann auch wirklich in Empfang nahm. — Wäre man hier zu einem Schlusse aus der Analogie berechtiget, so müßte man behaupten, daß der Geber dem Dritten mit eben jener Rechtswirkung das Geld übergeben habe, als wenn er es dem Aussteller selbst eingehändiget hätte. — Allein gerade der Umstand, daß der Gesetzgeber nur die in dem gegenwärtigen §. bestimmte Art der stillschweigenden Bevollmächtigung aufgeführt hat, ist der hier berührte ähnliche Fall um somehr ausgeschlossen, als er unter die gewöhnlicheren gehört, daher man auch hier den üblichen Rechtssatz nicht in Anwendung bringen könnte, daß Gesetze nur für die gewöhnlichen Fälle gegeben zu werden pflegen. — Um so weniger kann aber der Schuldner den Uebergeber des Schuldscheins, welcher für einen Anderen ausgestellt wurde, zur Empfangnahme des Schuldbetrages berechtiget ansehen, und diesem seine Schuld bezahlen.

§. 1034.

Gerichtliche und gesetzliche Bevollmächtigung.

Das Recht der Vormünder und Curatoren, die Geschäfte ihrer Pflegebefohlenen zu verwalten, gründet sich auf die Anordnung des Gerichtes, von welchem sie bestellt sind. Dem Vater und dem Ehemanne wird das Befugniß zur Vertretung des Kindes und der Gattinn von dem Gesetze eingeräumt. Hierüber sind die Vorschriften an den gehörigen Orten enthalten.

1) Nebst der Privatbevollmächtigung gibt es auch eine öffentliche, die von der Staatsgewalt geschieht, und sich von jener vorzüglich dadurch unterscheidet, daß sie auf keinem Vertragsverhältnisse beruht, sondern in dem Verhältnisse der Unterwürfigkeit jedes Staatsunterthans zum Staatsoberhaupte. — Diese öffentliche Bevollmächtigung ist wieder zweyfach, sie ist eine obrigkeitliche, oder eine gesetzliche. Unter der ersteren versteht man jene, welche unmittelbar von den durch den Landesfürsten aufgestellten Gerichten, und sohin mittelbar von ihm nach

Anweisung der von ihm erlassenen bürgerlichen Gesetze und der Gerichtsordnung, wie bey den Vormündern und den verschiedenen Arten der Curatoren (§§. 190, 204, 269, 280, 960 u. 968), oder von anderen Behörden in ihrem Wirkungskreise Beamten oder Privatpersonen ertheilet wird, und deren Gränzen theils aus den darüber bestehenden Gesetzen, theils aus den, den Bevollmächtigten darüber ausgefertigten Urkunden bestimmt werden.

2) Die zweyte Art der öffentlichen Bevollmächtigung ist jene, welche unmittelbar aus dem Gesetze entsteht, und daher zum Unterschiede von der obrigkeitlichen die gesetzliche genannt wird. Dahin gehört die Macht des Ehemannes, seine Gattinn (§§. 91 u. 1237), und des Vaters, seine Kinder zu vertreten (§. 152), so wie überhaupt die Macht, welche öffentlichen Beamten durch die allgemeinen Gesetze oder besonderen Amtsvorschriften ertheilet wird.

3) Aus dem Umstande, daß der Gesetzgeber von diesen Arten der Bevollmächtigung auch hier eine Erwähnung macht, ist zu schließen, daß die hier aufgestellten Vorschriften, in so weit keine besonderen Anordnungen für selbe bestehen, und aus der Natur derselben nicht nothwendige Abweichungen hervorgehen, auch für diese Anwendung haben; eine Behauptung, die auch durch den ausdrücklichen Inhalt des §. 968 bestätigt wird. — Insbesonders wird hier bemerkt, daß die allgemeinen Gesetze sowohl, als auch die besonderen Amtsvorschriften, wenn sie gehörig kundgemacht worden sind, bey diesen Personen die Stelle der öffentlichen Vollmachten vertreten, und für diejenigen, die sich in Geschäfte mit solchen Dienern des Staates einlassen, eine gesetzliche Verbindlichkeit gründen, ohne daß sie sich mit der Unwissenheit derselben entschuldigen könnten. Wird daher eine Handlung, ein Vertrag gegen oder über den Inhalt solcher Gesetze und Instructionen geschlossen; so ist der Staat zur Genehmigung oder Erfüllung nicht verbunden, dafern nicht die unbefugt unternommene Handlung offenbar nothwendig gewesen ist (§. 1009), oder der Staat daraus Nutzen gezogen hat (§§. 1035 — 1043). Mangelt es an bestimmten Amtsvorschriften über die einzelne Handlung des öffentlichen Beamten, so wird ihre Rechtmäßig-

keit aus ihrem natürlichen Zwecke, und den auch dem gewöhnlichen Menschenverstande einleuchtenden Befugnissen und Gränzen des Amtes zu ermessen seyn. Oefters kann man bey Handlungen der Staatsdiener in den Fall kommen, daß selbst analoge Entscheidungen des positiven Privatrechtes keinen Anhaltspunct gewähren, und zu dem natürlichen, öffentlichen Rechte die Zuflucht genommen werden muß, wenn z. B. Staatsdiener des Civil- oder Militärstandes als solche mit auswärtigen Regierungen oder Unterthanen in Verhältnisse und Verträge treten, oder im fremden Gebiethe Verfügungen erlassen [1]).

§. 1035.

Geschäftsführung ohne Auftrag.

Wer weder durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Vertrag, noch vom Gerichte, noch aus dem Gesetze das Befugniß erhalten hat, darf der Regel nach sich in das Geschäft eines Andern nicht mengen. Hätte er sich dessen angemaßt; so ist er für alle Folgen verantwortlich.

1) Von der Bevollmächtigung, die stets einen Auftrag voraussetzt, unterscheidet sich die freywillige Geschäftsführung, oder wie sich die Marginal-Rubrik, oder das Gesetz selbst an mehreren Orten [2]) ausdrückt, die Geschäftsführung ohne Auftrag. — Außer den bestimmten Fällen, wo Personen, die ihre Geschäfte weder unmittelbar selbst, noch durch Privatbevollmächtigte besorgen können, eines besonderen Schutzes bedürfen (§. 270), legt das Gesetz Niemanden die Pflicht auf, sich der Geschäfte seines Mitbürgers anzunehmen; ja das Gesetz erklärt es in der Regel sogar für eine widerrechtliche Anmaßung.

2) Der Grund dieser gesetzlichen Anordnung ruht offenbar darin, weil für jeden Bürger, der die natürliche, allgemeine Fähigkeit, seine Geschäfte zu besorgen, besitzt, die in dem Natur-

1) Siehe die Materialien des Hrn. Vicepräsidenten Carl Ritters v. Pratobevera 2. Bd. S. 366 — 370.

2) 3. Bd. §. 336.

triebe und der Vernunft gegründete Vermuthung streitet, daß er das, was ihm nützlich ist, nicht außer Acht lassen werde, und wenn er darin zu kurzsichtig scheint, man ihn mit seinen besseren Einsichten, Kenntnissen und guten Rathschlägen unterstützen könne. — Die Aufdringung von Wohlthaten aber würde nicht nur die rechtliche Freyheit eines Menschen, mit seinem Eigenthume nach Belieben zu schalten (§§. 354 u. 362), vernichten, sondern es würde sich auch derjenige, der dieses thun wollte, der Gefahr aussetzen, in der besten Absicht bey den verschiedenen Ansichten und Lagen, und bey der Schwierigkeit, die Neigungen Zwecke, Mittel und die übrigen Verhältnisse Anderer richtig und vollständig zu beurtheilen, einen schlechten Dienst zu erweisen, und sich dafür verantwortlich machen [1]).

§. 1036.

Im Nothfalle.

Wer, obgleich unberufen, ein fremdes Geschäft zur Abwendung eines bevorstehenden Schadens besorgt, dem ist derjenige, dessen Geschäft er besorgt hat, den nothwendigen und zweckmäßig gemachten Aufwand zu ersetzen schuldig; wenn gleich die Bemühung ohne Verschulden fruchtlos geblieben ist (§. 403).

1) Indessen gibt es doch Fälle, wo die Einmischung in die Geschäfte eines Anderen nicht als eine Verletzung der rechtlichen Freyheit desselben angesehen werden kann, indem man hier mit allem Grunde auf die Einwilligung desselben rechnet. Denn oft geräth auch ein selbstständiger Bürger in solche Lagen und Verhältnisse, wo er sich zu helfen nicht vermag, und wo es ihm daher äußerst willkommen seyn muß, wenn ihm fremde Hülfe zu Theil wird, wie z. B. wenn während seiner unvermutheten längeren Abwesenheit seinem Hause ein naher zufälliger Einsturz droht, oder dasselbe in Brand geräth. — Wollte man auch in

1) Siehe v. Zeiller's Commentar Nr. 2.

solchen Fällen fremde Aufopferung nicht vergelten, oder den Hülfeleistenden vielleicht gar verantwortlich machen, wenn er die geheimen Gedanken und Absichten des Eigenthümers nicht errathen hätte (z. B. dieser hätte ohnehin im Sinne gehabt, das der Gefahr des Einsturzes ausgesetzte Gebäude zusammen zu reißen und das Materiale zu einem andern Baue zu verwenden); so würde er für außerordentliche Fälle mehr, als für die gewöhnlicheren besorgt seyn. — Zu einer eigentlichen Verpflichtung jedes Bürgers, in einem solchen Falle zum Besten seines Mitbürgers Handlungen zu unternehmen, konnte der Gesetzgeber diese nicht füglich erheben, da nicht jeder in der Lage ist, für den Andern in solchen Augenblicken einen Kraft- oder Vermögensaufwand zu bestreiten, und die Beurtheilung, ob ein Bürger in dieser Lage sich befunden hat, theils gänzlich unthunlich, theils wenigstens mit schwierigen und für jeden Fall höchst lästigen, mit der allgemeinen rechtlichen Freyheit unvereinbarlichen Nachforschungen verbunden wäre. — Der Gesetzgeber vertraut daher hier dem natürlichen Billigkeits- und Menschlichkeitsgefühle, und sucht wenigstens die Hindernisse der werkthätigen Aeußerung derselben dadurch zu entfernen, daß er den Eigenthümer verpflichtet erklärt, demjenigen, der für ihn zur Abwendung eines bevorstehenden Schadens einen nothwendigen und zweckmäßigen Aufwand gemacht hat, selbst in dem Falle zu entschädigen, wenn die Bemühung (jedoch ohne Verschulden des Geschäftsführers) fruchtlos geblieben ist.

2) Das Gesetz setzt hier voraus, daß der Aufwand zur Abwendung des bevorstehenden Schadens überhaupt nothwendig war. Was in dem Falle eines bloß nützlich gemachten Aufwandes Rechtens sey, wird in den folgenden beyden §§. vorkommen. — Der Aufwand muß aber auch zweckmäßig seyn; denn ein unzweckmäßiger Aufwand, d. i. ein solcher, welcher der Beschaffenheit der Sache und den Umständen überhaupt nicht angemessen ist, gereicht entweder dem Eigenthümer zu gar keinem Vortheile, oder vergrößert wenigstens die Kosten des Aufwandes ohne Nothwendigkeit. — War aber der Aufwand zugleich nothwendig und zweckmäßig, so muß der Ersatz geleistet werden, wenn er auch

fruchtlos gewesen, z. B. das Haus dennoch abgebrannt oder eingestürzt wäre. Jedoch versteht es sich von selbst, daß die Fruchtlosigkeit des gemachten Aufwandes ihren Grund nicht in dem eigenen Verschulden des Geschäftsführers haben dürfe, indem er sonst die Folgen seines eigenen Verschuldens zu tragen hätte.

§. 1037.

Oder zum Nutzen des Andern.

Wer fremde Geschäfte bloß, um den Nutzen des Andern zu befördern, übernehmen will, soll sich um dessen Einwilligung bewerben. Hat der Geschäftsführer zwar diese Vorschrift unterlassen, aber das Geschäft auf seine Kosten zu des Andern klaren und überwiegenden Vortheile geführet; so müssen ihm von diesem die darauf verwendeten Kosten ersetzet werden.

1) Der Umstand, ob die Fürsorge auf die Abwendung eines bevorstehenden wahren Schadens, und nicht vielmehr auf die Beförderung eines (wahren oder vermeinten) Nutzens gerichtet sey, fällt, wie v. Zeiller in seinem Commentare bemerkte, nicht immer deutlich in die Augen. Wenn, fährt er weiter fort, aus dem bisherigen Benehmen des Eigenthümers erhellet, daß er die Kosten zur Herstellung seiner, obgleich fruchtbringenden Sache, z. B. seines alten, baufälligen Hauses, nicht aufwenden wolle, oder wenn die Gefahr des Schadens nicht so dringend war, daß man nicht füglich den Willen des Eigenthümers hätte einhohlen können; noch mehr aber, wenn es sich nicht um die Erhaltung, sondern nur um eine Vervollkommung oder Verbesserung einer Sache handelt; so fällt die Geschäftsführung unter den gegenwärtigen Paragraph, und verdient keine solche Begünstigung des Gesetzes, als die vorher erwähnte (§. 1036); sie erhält nur in so fern einen rechtlichen Beystand, als das Gesetz nicht gestattet, daß Jemand auf Kosten des Andern bereichert werden soll (§. 331).

2) Wer also die Geschäfte eines Andern bloß um dessen Vortheil zu befördern, ohne Auftrag übernimmt, muß sich um

die Genehmigung desselben bewerben. Erfolgt diese Genehmigung ausdrücklich und ohne Einschränkung, so entstehen zwischen Beyden eben die Rechte und Pflichten, wie zwischen einem Machtgeber und Bevollmächtigten; hat aber der Geschäftsführer diese Vorschrift unterlassen, so ist vor Allem darauf zu sehen, ob das Geschäft zum klaren (nicht zweifelhaften oder unsicheren), und ob es zu einem fortdauernden, den Aufwand und die übrigen damit verknüpften Lasten oder Unannehmlichkeiten überwiegenden Vortheile des Eigenthümers gereiche, z. B. wenn Jemand die fruchtbaren Grundstücke eines Abwesenden zu gehöriger Zeit bebauet, oder den durch die schnelle Abreise unterbrochenen, nutzbringenden Bau fortgeführet hat u. dgl. In diesen nach Beschaffenheit der Sache durch Kunstverständige zu erörternden Fällen vermuthet das Gesetz mit Recht, daß die geäußerte Mißbilligung des Eigenthümers nur auf den unbilligen Zweck, einen Nachlaß des Ersatzes zu erpressen, gerichtet sey, und es gestattet nicht, daß er aus einem fremden Capitale die Früchte ziehe [1]).

§. 1038.

Ist aber der überwiegende Vortheil nicht klar; oder hat der Geschäftsführer eigenmächtig so wichtige Veränderungen in einer fremden Sache vorgenommen, daß die Sache dem Andern zu dem Zwecke, wozu er sie bisher benützte, unbrauchbar wird, so ist dieser zu keinem Ersatze verbunden; er kann vielmehr verlangen, daß der Geschäftsführer auf eigene Kosten die Sache in den vorigen Stand zurücksetze, oder, wenn das nicht möglich ist, ihm volle Genugthuung leiste.

1) Der Ersatz der Kosten kann sich im vorigen Falle nicht weiter ausdehnen, als der überwiegende Vortheil beträgt; denn würde man den Eigenthümer zum Ersatze aller Kosten verpflichten, wenn sie auch den Werth überschreiten, um welchen die Sache

1) Siehe v. Zeiller's Commentar.

verbessert worden ist, so würde demselben dadurch ein Nachtheil zugefügt werden, und man könnte da nicht mehr sagen, daß der Geschäftsführer das Geschäft zu des Andern überwiegenden Vortheile geführt habe. — Ist es daher nicht ganz klar, daß durch die von dem Geschäftsführer auf die fremde Sache verwendete Kosten dem Eigenthümer derselben wirklich ein Vortheil zugegangen sey; so ist dieser zu einem Ersatze nicht verpflichtet.

2) Dieses ist um so mehr dann der Fall, wenn der Geschäftsführer eigenmächtig so wichtige Veränderungen in einer fremden Sache vorgenommen hat, daß die Sache dem Andern zu dem Zwecke, wozu er sie bisher benützte, unbrauchbar wird; z. B. Jemand läßt ein bisher zu einem öconomischen Gebrauche bestimmtes Gebäude zu einem Wohngebäude umstalten; allein der Eigenthümer ist mit dieser Veränderung ganz unzufrieden, weil sie seinen Absichten nicht zusagt. In diesem Falle würde sich der Geschäftsführer fruchtlos auf den überwiegenden Vortheil berufen, und er dürfte mit dem Beweise desselben gar nicht gehört werden. Er verliert daher seinen unzweckmäßig gemachten Aufwand; ja, er muß sogar, wenn der Eigenthümer es fordert, die Sache auf eigene Kosten in den vorigen Stand zurücksetzen. Herr Hofrath v. Zeiller fügt in seinem Commentare hinzu, daß der Geschäftsführer in diesem Falle nicht nur den Schaden, sondern auch den Entgang des Gewinns ersetzen müsse. — Ausdrücklich meldet zwar der §. hiervon nichts; denn er verpflichtet den Geschäftsführer nur dann zum Ersatze des Schadens und entgangenen Gewinns, wenn die Zurücksetzung in den vorigen Stand nicht mehr möglich ist. — Allein ich glaube dessenungeachtet, daß diese Behauptung durch die allgemeinen Grundsätze, welche das Gesetzbuch in dem dreyßigsten Hauptstücke vom Schadenersatze und der Genugthuung aufstellet, in Verbindung mit der klaren Absicht des Gesetzgebers, welche diesem §. zum Grunde liegt, gerechtfertiget werde; denn daß das Gesetz den Geschäftsführer als einen Beschädiger ansehe, und als solchen behandelt wissen wolle, gehet daraus hervor, daß es denselben verpflichtet, die Sache in den vorigen Stand zurückzusetzen, welches die gesetzliche Folge einer Beschädigung ist (§. 1323); er-

übriget dessenungeachtet noch ein Schade, so liegt es in der allgemeinen Verpflichtung jedes Beschädigers, auch diesen zu vergüten (§. 1295), weil der ganze Schade und nicht bloß ein Theil gut gemacht worden ist, und weil man in diesem Falle nicht behaupten kann, es sey Alles in den vorigen Stand zurückgesetzt worden. Denn setzen wir den Fall, daß der Eigenthümer eben deßwegen eine andere Wohnung zu miethen genöthiget ist, weil er während der Zeit, welche zur Zurückversetzung des aufgeführten Wohngebäudes in den vorigen Stand erfordert wird, ein Locale zu dem Zwecke, wozu das Gebäude benützt wurde, widmen muß; so ist durch die Adaptirung des aufgeführten Wohngebäudes zu dem Zwecke, wozu es früher benützt wurde, noch nicht Alles in den vorigen Stand zurückgestellt; denn um die Sache vollkommen in den vorigen Stand zurückzustellen, müßte man im Stande seyn, die Miethung des fremden Locales überflüssig zu machen; weil, wenn der Geschäftsführer den Bau nicht unternommen hätte, diese Miethung nicht eingetreten wäre. Auch tritt die Verpflichtung, den vorigen Stand herzustellen, sogleich ein, als der Eigenthümer dieses begehret; da aber der Geschäftsführer in diesem Augenblicke diese Zurückstellung nicht bewerkstelligen kann, so muß selbst nach der Vorschrift des gegenwärtigen §., der daraus entstehende Schade ersetzet werden. — So wie aber in dem Falle, als die Zurücksetzung in den vorigen Stand durchaus nicht möglich ist, volle Genugthuung geleistet, folglich auch der Entgang des Gewinns ersetzt werden muß (§. 1323); so muß dieses auch für die Zeit gelten, in welcher die Sache in den vorigen Stand nicht versetzt werden konnte.

3) Es kann hier die Frage aufgeworfen werden, ob der Geschäftsführer in dem Falle, als er in der sicheren Meinung, dem Eigenthümer durch die getroffene Veränderung einen Dienst zu erweisen, selbe unternommen hätte, dieser aber sich zu einer Vergütung nicht herbeyläßt, dessenungeachtet aber die Sache in dem veränderten Zustande benützt, nicht selbst gegen Anbiethung der Leistung der vollen Genugthuung die Sache wieder auf seine Kosten in den vorigen Stand versetzen dürfe? Setzen wir z. B. derjenige, welcher aus dem Oeconomie-Gebäude ein Wohn-

gebäude gestaltete, sey der Ueberzeugung, daß diese Umstaltung dem Eigenthümer innerlich sehr angenehm sey, und daß er nur aus Gewinnsucht, auf die Anordnung des gegenwärtigen §. sich stützend, ihm die Bezahlung der Kosten verweigere. — Um ihn nun indirecte zu nöthigen, daß er die Kosten entweder ganz oder wenigstens theilweise vergüte, und im Falle er sich doch nicht dazu herbeylassen sollte, um ihn für seine gewinnsüchtigen Absichten zu bestrafen, dringt der Geschäftsführer selbst auf Zurückversetzung in den vorigen Stand, könnte er nun diese mit Zwang durchsetzen? —

Diese Frage muß offenbar verneinend beantwortet werden; denn eine solche Berechtigung könnte sich nur unmittelbar auf das Gesetz, oder auf einen Vertrag, oder eine erlittene Beschädigung gründen (§. 859). Nun ist kein ausdrückliches Gesetz vorhanden, welches dem Geschäftsführer dieses Recht einräumte; ein zwischen dem Geschäftsführer und dem Eigenthümer dießfalls bestehender Vertrag wird nicht vorausgesetzt; um so weniger leidet aber dadurch der Geschäftsführer einen Schaden, wenn der Eigenthümer von seinem Rechte, darauf zu dringen, daß die Sache auf Kosten des Ersteren in den vorigen Stand zurückversetzt werde, keinen Gebrauch machet.

4) War demjenigen, dessen Geschäfte ohne seinen Auftrag besorgt wurden, solches schon vor oder während der Besorgung bekannt, und hat er dieser Besorgung vor Vollendung des Geschäftes sogleich nach erlangter Wissenschaft nicht widersprochen; so scheint der Geschäftsführer berechtiget, dieses Stillschweigen für eine heimliche Genehmigung seiner Geschäftsführung ansehen zu können, und der gegenwärtige §. dadurch außer Anwendung zu kommen. — Diese Behauptung dürfte auch die Analogie des §. 418 für sich haben [1]).

§. 1039.

Wer ein fremdes Geschäft ohne Auftrag auf sich genommen hat, muß es bis zur Vollendung fortsetzen, und gleich einem Bevollmächtigten genaue Rechnung darüber ablegen.

1) Siehe meine Erläuterung dieses §. Nr. 4.

1) Die Gerechtigkeit dieser gesetzlichen Bestimmung ist einleuchtend; denn ein solcher Geschäftsführer macht sich durch die That selbst verbindlich, das Geschäft, das er zu führen begann, zur Besorgung zu übernehmen; er hat sich daher nach den Vorschriften über den Bevollmächtigungsvertrag zu benehmen. Hat daher ein solcher Geschäftsführer den Anfang eines Baues oder einer Reparatur, oder die Verwaltung einer ganzen Landwirthschaft eigenmächtig übernommen, so muß er auch für die Ausführung des Baues, oder für die Verwaltung aller zusammenhängenden Wirthschaftsgebäude Sorge tragen. Durch die Unterlassung der weiteren, nöthigen Sorgfalt geräth er, wie bereits v. Zeiller bemerkte, in Gefahr, nicht nur den fruchtlosen Aufwand zu verlieren, sondern auch den dem Eigenthümer etwa verursachten Schaden zu ersetzen. Um jedoch den Umfang dieser gesetzlichen Bestimmung und ihre Gränzen genau einzusehen, ist es zweckdienlich, die in dem Gesetze aufgeführten einzelnen Fälle der Geschäftsführung ohne Auftrag durchzugehen, und die Vorschrift auf selbe anzuwenden.

2) Hat Jemand angefangen, ein fremdes Geschäft zur Abwendung eines bevorstehenden Schadens zu besorgen, so erscheint dessen Verpflichtung, das Geschäft fortzusetzen, um so auffallender und dringender, als dadurch jeder Andere, der sich gleichfalls zur Besorgung dieses Geschäftes entschlossen hätte, durch das Zuvorkommen abgehalten wird. Obschon nun kein Mensch in der Regel verpflichtet ist, sich ohne erhaltenen Auftrag einem solchen Geschäfte zu unterziehen, und daher auch nicht verantwortlich werden kann, wenn er zur Abwendung eines Schadens, welcher eine dritte Person bedrohet, nichts *unternimmt*; so ist doch Jedermann verpflichtet, jede Handlung zu *unterlassen*, welche einem Andern ein Hinderniß in den Weg legt, zur Abwendung des drohenden Schadens das Nöthige anzuwenden. Eine solche Handlung ist aber das Beginnen eines solchen Geschäftes, und es ist daher gerecht und billig, denjenigen, der ein solches Geschäft bereits begonnen hat, auch zur Vollendung desselben anzuhalten. Ja, der Eigenthümer selbst kann sich dadurch, weil er in Erfahrung bringt, daß bereits ein Dritter zu seinen Gun-

sten die nöthigen Einleitungen zur Abwendung des Schadens getroffen hat, beruhigt fühlen, und diese Handlung stillschweigend genehmigend jede weitere Vorkehrung überflüssig halten.

3) Hat Jemand, bloß um den Nutzen des Andern zu befördern, ein Geschäft unternommen; so muß man unterscheiden, ob er bereits an dem Seinigen des Eigenthümers zu diesem Zwecke etwas verändert hat oder nicht. So lange noch keine Handlung erfolgt ist, welche eine Verschlimmerung der dem Eigenthümer gehörigen Vermögensstücke zu Folge hatte, scheint sich der Geschäftsführer durch seine einseitige Handlung nicht für gebunden achten zu können. — Setzen wir z. B.: Jemand nehme sich vor, in Abwesenheit seines Freundes ein in schlechtem Zustande befindliches Wohngebäude, das eben wegen dieses schlechten Zustandes bisher nicht benützt wurde, in bewohnbaren Stand herstellen zu lassen, kaufe zu diesem Zwecke schon Materialien zusammen, und gehe vorläufig auch schon mit dem Baumeister einen Contract ein. — In der Folge überzeugt er sich aber von der Kostspieligkeit der Unternehmung, und gehet von seinem Vorhaben wieder ab. Könnte ihn wohl der Eigenthümer verhalten, das Geschäft, das er durch den Ankauf der Materialien und den Contractsabschluß mit dem Baumeister stillschweigend zu übernehmen sich erklärte, auch wirklich zu vollenden? — Diese Frage wird gewiß Niemand bejahend beantworten. Die hier unternommene Handlung könnte höchstens als ein stillschweigendes Versprechen angesehen werden, das Geschäft zum Nutzen eines Anderen zu unternehmen. So lange aber das Versprechen von der anderen Seite nicht angenommen worden, ist dasselbe nicht verbindlich, und der Versprecher kann sein Versprechen nach Belieben zurücknehmen. Hat aber der Geschäftsführer bereits mit der Sache des Anderen eine Veränderung vorgenommen, z. B. den Dachstuhl des Hauses erhöhen lassen, um ein zweytes Stockwerk aufzuführen, — dann steht es nicht mehr in seiner Willkühr, das begonnene Werk unvollendet zu lassen, sondern er kann von dem Eigenthümer zur Vollendung desselben angehalten werden.

4) In dem Falle, als Jemand für einen Andern ein Geschäft ohne Auftrag besorgt, bestreitet er entweder den dazu nöthigen Aufwand aus seinem eigenen Vermögen, oder aus dem Vermögen desjenigen, für den er das Geschäft besorgt, wie z. B. ein Herrschafts-Verwalter aus den Einkünften der Herrschaft. — Im ersten Falle liegt es in der Natur der Sache, daß er, wenn er seiner Zeit von dem Eigenthümer den Ersatz anspricht, auch den gemachten Aufwand ausweisen müsse, welches nur durch eine ordentliche Rechnungslegung geschehen kann. — Die Legung einer ordentlichen Rechnung liegt sohin in diesem Falle in seinem eigenen Interesse. — Hat er aber den Aufwand aus dem Vermögen des Eigenthümers bestritten, liegt also die Rechnungslegung nur im Interesse dieses Letzteren; so ist dieser berechtigt, von dem Geschäftsführer selbst in dem Falle, als der Aufwand nur theilweise aus seinem Eigenthume bestritten worden wäre, die Legung einer ordentlichen Rechnung zu begehren, wenn auch der Geschäftsführer noch keinen Anspruch auf einen Ersatz erhoben hätte. Eine Belohnung für seine Bemühung kann er ordentlicher Weise nicht fordern (§. 1004); wohl aber kann er nach der Analogie des §. 1191 bey dem Ersatze des Schadens, den er allenfalls zu leisten hat, den im Ganzen verschafften Nutzen in Abrechnung bringen.

4) Nach eben diesen Grundsätzen (§§. 1035—1039) sind, wie Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt, auch diejenigen zu beurtheilen, die sich mit dem Geschäftsführer in fremde Geschäfte eingelassen haben. Es kommt ihnen zwar immer ein Recht wider den Geschäftsführer, mit dem sie unmittelbar ein Rechtsgeschäft abgeschlossen haben, zu; gegen den Eigenthümer aber nur dann, wenn sie eine nützliche Verwendung zu beweisen vermögen (§. 1041).

§. 1040.

Gegen den Willen des Andern.

Wenn Jemand gegen den gültig erklärten Willen des Eigenthümers sich eines fremden Geschäftes anmasset, oder den rechtmäßig Bevollmächtig-

ten durch eine solche Einmengung an der Besorgung des Geschäftes verhindert; so verantwortet er nicht nur den hieraus erwachsenen Schaden und entgangenen Gewinn, sondern er verliert auch den gemachten Aufwand, in so fern er nicht in Natur zurückgenommen werden kann.

1) Es liegt in der Natur der Sache, daß derjenige, der nicht bloß ohne, sondern sogar gegen den Willen des Eigenthümers sich ein Geschäft anmaßt, ungleich strenger behandelt werden müsse, als der Erstere (§. 1037), indem eine solche Anmassung ein offenbarer, widerrechtlicher Eingriff in die Freyheit des Eigenthümers ist, wovon der Schuldige die Folgen tragen muß. — Die Folgen, die aus einer solchen Anmassung hervorgehen, können aber von zweyfacher Art seyn, nähmlich a) solche, die dem Eigenthümer einen wirklichen Nachtheil bringen, und b) solche, die ihm einen Vortheil gewähren.

2) Daß derjenige, welcher gegen den Willen des Eigenthümers sich das Geschäft anmasset, nicht nur den wirklich zugegangenen Schaden, sondern auch den entgangenen Gewinn zu verantworten habe, ist schon in den allgemeinen Grundsätzen über Schadenersatz und Genugthuung gegründet. — Die strengere Behandlung eines solchen Geschäftsführers zeigt sich besonders darin, daß er für die wirklichen Vortheile, welche er dem Eigenthümer verschaffte, keinen Ersatz ansprechen kann. — Dieser Verlust des gemachten Aufwandes ist nach dem Geiste des österreichischen Gesetzbuches keineswegs als eine eigentliche Strafe anzusehen, sondern stützet sich auf den in der Natur der Sache liegenden Rechtsgrundsatz, daß in der Regel Niemand gezwungen werden könne, einen auch zu seinem Vortheile gereichenden Aufwand zu machen. — Wer daher ungeachtet der Einsprache des Eigenthümers für einen Andern einen Aufwand macht, kann dieses nur auf seine Kosten thun, und es existirt kein Rechtsgrund, aus welchem er die Vergütung dieses Aufwandes fordern könnte.

3) Aus dieser Ansicht erklärt sich auch, warum der Gesetzgeber einem solchen Geschäftsführer gestattet, das zum Besten einer

fremden Sache Verwendete zurückzunehmen, wenn sich dasselbe von der Sache absondern läßt; denn so wenig der Geschäftsführer verlangen kann, daß der Eigenthümer ihm für die gegen seinen Willen unternommenen Verbesserungen der Sache aus seinem Eigenthume etwas herausgebe, eben so wenig kann der Letztere verlangen, daß ihm der Geschäftsführer eine Sache zum Eigenthume überlasse, die dieser ohne Beeinträchtigung des Eigenthümers wieder zurücknehmen kann. Würde der Eigenthümer dem Geschäftsführer verweigern, diese Sachen wieder zurückzunehmen, so würde er ja eben dadurch erklären, daß die Verbindung der fremden Sache mit der Seinigen sein Wille sey; er würde sohin eben dadurch die Handlung des Geschäftsführers genehmigen.

4) Indessen ist hier zu bemerken, daß das Gesetz nur die Zurücknahme des gemachten Aufwandes gestatte, woraus ich folgere, daß die bloße Vertilgung desselben ohne eigentliche Zurücknahme nicht gestattet sey. Setzen wir z. B. Jemand habe gegen den erklärten Willen des Eigenthümers die Wohnung des Letzteren mit Tapeten versehen lassen. — Will daher der Eigenthümer den Ersatz dieser Tapeten nicht leisten, so steht es dem Geschäftsführer frey, sie wieder zu sich zu nehmen, und dadurch wenigstens einen Theil des Schadens von sich hintan zu halten. Hätte aber der Geschäftsführer die Zimmer ausmahlen lassen, so würde er nicht berechtiget seyn, gegen den Willen des Eigenthümers sie wieder überweißen zu lassen; denn der gemachte Aufwand ist einmahl für ihn verloren, und der Eigenthümer ist nicht verpflichtet, eine neue Handlung in seiner Sache zu dulden, welche dem Geschäftsführer nichts nützet, dem Eigenthümer aber schadet (Vergl. §. 332 Nr. 3).

5) Das Gesetz redet übrigens hier nur von einem gültig erklärten Willen des Eigenthümers. Derjenige, welcher unfähig ist, über seine eigene Sache nach Belieben zu verfügen, z. B. ein seines Verstandes Beraubter, ein Verschwender, ein Unmündiger kann Niemanden eine solche Unternehmung verbiethen, sein Verboth wird sohin nicht geachtet. Eben so wenig kann der der Besorgung seiner Geschäfte vollkommen gewachsene Eigenthümer verbiethen, daß eine Handlung, zu der er rechtlich ver-

pflichtet erscheint, unterlassen werde, z. B. die Unterstützung eines dem Einsturze drohenden, und die Sicherheit der Nachbarn gefährdenden Gebäudes (§ 1036). Selbst ein im Allgemeinen gültiges Verboth kann, wie v. Zeiller bemerkt, vernünftiger Weise auf dringende Fälle einer fremden Fürsorge (§. 1036) nicht bezogen werden.

§. 1041.

Verwendung einer Sache zum Nutzen des Andern.

Wenn ohne Geschäftsführung eine Sache zum Nutzen eines Andern verwendet worden ist; kann der Eigenthümer sie in Natur, oder, wenn dieß nicht mehr geschehen kann, den Werth verlangen, den sie zur Zeit der Verwendung gehabt hat, obgleich der Nutzen in der Folge vereitelt worden ist.

1) Es gibt mehrere Fälle, in welchen man ohne Abschließung eines Vertrages und ohne eine eigentliche Geschäftsführung (§. 1035) Sachen zum Nutzen eines Anderen verwendet; z. B. wenn man Jemanden, besonders solchen Personen, die sich zu verbinden unfähig sind, (§. 865) Kost, Wohnung, Kleidung oder andere Vorschüsse zur Befriedigung ihrer Bedürfnisse, zu ihrer Erhaltung, oder zu nützlichen Zwecken leistet; wenn man Kranken im bewußtlosen Zustande mit ärztlicher Hülfe beysteht; oder wenn man einem Geschäftsführer Waaren borgt, wodurch er die Geschäfte des Dritten zu besorgen in Stand gesetzt wird (§. 1039 Nr. 4) [1]).

2) Die Verwendung seines Eigenthums oder seiner Kräfte (§. 403) hat viele Aehnlichkeit mit einer dringenden und nützlichen Geschäftsführung, und wird daher von dem Gesetze beynahe auf eben dieselbe Art behandelt.— Es ist also vor Allem zu unterscheiden, ob die zum Nutzen eines Andern verwendete Sache in natura zurückgenommen werden kann oder nicht. Im ersten Falle kömmt dem Eigenthümer das Recht zu, die verwende-

1) Siehe v. Zeillers Commentar N. 1.

Sache in natura zurückzunehmen. Im zweyten Falle kann er den Ersatz derselben fordern, wobey es jedoch auf den Zweck der Verwendung, und auf den Umstand ankömmt, ob die Einwilligung des Anderen zur Verwendung der Sache präsumirt werden konnte oder nicht. — Ist der Zweck der Verwendung die Hintanhaltung eines bevorstehenden Schadens von der Person oder dem Eigenthume eines Andern; so gebührt dem Verwender der Ersatz, in so fern sich die Verwendung zugleich als zweckmäßig gemacht darstellet, wenn auch diese Verwendung fruchtlos gewesen seyn sollte (§. 1036). Wird die Sache bloß zur nützlichen Verwendung für einen Andern hergegeben, so kann ein Ersatz nur in so fern in Anspruch genommen werden, als wirklich ein erweislicher Vortheil des Anderen dadurch erzielt worden ist (§. 1037).

3) Die Sache muß aber auch wirklich zum Nutzen des Andern verwendet worden seyn. — Wer dem Eigenthümer, welcher mit seinem Vermögen selbst frey zu schalten fähig und befugt ist, oder seinem gehörig Bevollmächtigten, selbst eine Sache zur Verwendung übergibt, bedarf dieses Rechtsmittels nicht, indem ihm aus dem geschlossenen Geschäfte selbst die Klage zu Gebothe steht; er hat sich daher auch nicht zu bekümmern, ob die Sache wirklich zu dem angegebenen Zwecke verwendet werde oder nicht. Dagegen muß derjenige, der eine Sache einer Person, die unter einer Vertretung steht (§. 865), oder deren Geschäfte nur von einem unberufenen Geschäftsführer, nicht von einem rechtmäßigen Bevollmächtigten besorgt werden, Sorge tragen, daß die Sache wirklich zum Nutzen des Andern angewendet werde. Wenn man z. B. einem Minderjährigen Geld zur Anschaffung eines nothwendigen Kleidungsstückes borgt, und er das Geld verschleudert, muß man den Verlust seiner eigenen Unvorsichtigkeit, ihm nicht selbst das Kleid angeschafft zu haben, beymessen. — Hat ein Eigenthümer unmittelbar selbst die fremde Sache, um sie für sich zu verwenden, übernommen, so kömmt es gar nicht darauf an, ob sie wirklich zum Nutzen verwendet worden ist; denn der Eigenthümer erscheint hier als Beschädiger, indem er dadurch, daß er die fremde Sache, um sie für sich zu verwenden, übernimmt, dem Eigenthümer der Letzteren einen

Nachtheil an seinem Vermögen zufüget (§. 1293), dessen Ersatz dieser Letztere anzusprechen berechtiget ist (§. 1295), ohne Rücksicht auf den Umstand, was mit der Sache weiters geschehen ist. — Der dießfällige Klagsanspruch beruht also im vorliegenFalle nicht auf dem gegenwärtigen §., sondern auf der Vorschrift des §. 1295, und darum zerfällt auch die Einwendung des die Sache verwendenden Eigenthümers, daß sie nicht zum Nutzen verwendet worden, von selbst. — Es ist daher hier auch kein Unterschied zu machen, ob der Eigenthümer, der die fremde Sache eigenmächtig verwendet hat, ein selbstständiger sey oder nicht.

4) Ein wirklicher nützlicher Aufwand gibt aber sogleich ein Recht zum Ersatze, welches dadurch, daß die Sache durch Zufall oder fremdes Verschulden verloren gegangen ist, nicht erlischt; wie z. B. wenn der Minderjährige das angeschaffte Kleid verschleudert, oder aus Unbedachtsamkeit verloren hätte. Ein dritter Empfänger einer Sache, worauf jemand Anderer als der Ueberträger einen Aufwand gemacht hat, haftet für den Aufwand nicht [1]).

5) Bey Beurtheilung eines solchen Aufwandes muß jedoch immer in Ueberlegung gezogen werden, ob sich derselbe nicht als eine freywillige, unentgeldliche Leistung darstelle, in welchem Falle ganz natürlich jeder Anspruch auf den Ersatz desselben wegfällt. Eine solche läßt sich entweder aus der ausdrücklichen Erklärung desjenigen, der den Aufwand bestritten hat, oder aus den dieselbe begleitenden Umständen folgern, woraus die deutliche Absicht, aus bloßer Freygebigkeit eine Leistung machen zu wollen, hervorleuchtet. Herr Hofrath v. Zeiller äußert sich in seinem Commentare, daß er sich an einige Prozesse erinnere, worin man von den, in freundschaftlichen Verhältnissen geladenen Gästen, nach veränderten Verhältnissen den Ersatz der Bewirthung gefordert hat.

§. 1042.

Wer für einen Andern einen Aufwand macht, den dieser nach dem Gesetze selbst hätte machen müssen, hat das Recht, den Ersatz zu fordern.

1) Siehe v. Zeiller's Commentar N. 1.

1) Als Beyspiele eines solchen Aufwandes können angeführt werden: Wenn Jemand für einen Andern Steuern bezahlt, die dieser selbst vermög der bestehenden Steuerverfassung hätte entrichten müssen; wenn Jemand für den Unterhalt eines Kindes sorget, das die Aeltern verstoßen, und welchem sie widerrechtlich den Unterhalt abzureichen verweigert haben. — Eben so habe ich bereits bey Erläuterung des §. 186 aus dem gegenwärtigen §. die Folgerung gezogen, daß derjenige, der ein verlassenes Kind in die Pflege übernommen, und später diejenigen entdecket hat, welchen vermög der Gesetze der Unterhalt dieses Kindes obliegt, er ungeachtet der Vorschrift des §. 186, daß die Pflegeältern auf den Ersatz der Pflegekosten keinen Anspruch haben, den Ersatz der Pflegekosten von den zum Unterhalte des Kindes verpflichteten Personen in Anspruch nehmen könne.

2) Die gegenwärtige Vorschrift ist gerade auch nicht auf den Fall zu beschränken, wenn das Gesetz unmittelbar zu dem Aufwande verpflichtet, was in den oben angegebenen Beyspielen der Fall ist; sondern es sind auch jene Fälle darunter begriffen, wo Jemand aus einem Vertrage, letzten Willen, oder aus einer zugefügten Beschädigung, folglich mittelbar aus dem Gesetze (§. 859) zu einer Leistung verbunden ist. — Daher wird z. B. auch derjenige, der für ein verlassenes Pflegekind, welches die Pflegeältern vertragsmäßig zu besorgen übernommen haben, den Unterhalt bestreitet, den Ersatz in Anspruch zu nehmen haben.

3) Die Anwendung des gegenwärtigen §. tritt selbst dann ein, wenn der Eigenthümer gegen diesen Aufwand ausdrücklich protestiret; denn eine solche Protestation kann als keine gültige Willenserklärung angesehen werden (§. 1040 Nr. 4). Nur der Fall scheint hier eine Ausnahme zu machen, wenn der Eigenthümer gegründete Hoffnung hatte, daß ihm der zu leistende Aufwand nachgesehen werde; denn in einem solchen Falle kann kein Dritter ihm durch eine solche voreilige Handlung den gehofften Vortheil entziehen.

§. 1043.

Hat Jemand in einem Nothfalle, um einen größeren Schaden von sich und Andern abzuwenden, sein Eigenthum aufgeopfert; so müssen ihn Alle, welche daraus Vortheil zogen, verhältnißmäßig entschädigen. Die ausführliche Anwendung dieser Vorschrift auf Seegefahren ist ein Gegenstand der Seegesetze.

Das aufgestellte Princip ist, wie v. Zeiller bemerkt, nach dem Vorbilde des rhodischen Gesetzes in Hinsicht auf Seegefahren schon in dem römischen Rechte [1]) und seither auch in andern Seegesetzen ausführlicher erörtert worden. — Die Billigkeit dieses Princips springt in die Augen; denn es ist gewiß sehr billig, daß der Schade von allen Jenen gemeinschaftlich getragen werde, welche durch den Verlust fremder Sachen ihre eigenen Sachen in Sicherheit gebracht haben. Aus diesem erhellet auch, wie Voëtius in seinem Commentare [2]) bemerkt, daß nicht aus der Aufopferung des Eigenthums, sondern aus der daraus hervorgegangenen Erhaltung der fremden Güter die Beytragspflicht entspringe.

§. 1044.

Die Vertheilung der Kriegsschäden wird nach besonderen Vorschriften von den politischen Behörden bestimmt.

1) Die Beantwortung der Frage, von wem die Kriegsschäden getragen werden müssen, ob sie nähmlich nur denjenigen treffen, in dessen Personen oder Vermögen der Schaden sich ereignet hat, oder ob hieran alle Staatsbürger Theil nehmen, und daher die Vergütung der Kriegsschäden als eine allgemeine Staatslast aus dem Staatsärar zu leisten, oder ob sie als eine Locallast unter die Bewohner des Ortes, wo sie sich ergeben haben, zu ver-

1) Tit. Digest. de lege Rhodioa de jactu.
2) Lib. XIV. Tit. II. ad legem Rhodiam de jactu.

theilen seyn, muß nach staatsrechtlichen Grundsätzen geschehen. Die dießfälligen Vorschriften gehören also nicht eigentlich in den Umfang der bürgerlichen, sondern der politischen Gesetzgebung; und der gegenwärtige §. hat daher nur die Tendenz, diesen Vorschriften nicht vorzugreifen. — Zur Zeit, als das gegenwärtige bürgerliche Gesetzbuch erschien, waren aber solche, auf diesen Gegenstand Bezug nehmende Vorschriften noch nicht bekannt gemacht; und nur aus zwey nachgefolgten allerhöchsten Bestimmungen lassen sich die Grundregeln entnehmen, nach welchen in Oesterreich dießfalls vorgegangen wird.

2) Nach einem Allerhöchsten Handbillete vom 5. April 1816 und einer allerhöchsten Entschließung vom 2. April 1821 ist daher zwischen jenen Kriegsschäden zu unterscheiden, welche auf Anordnung der Befehlshaber der einheimischen Truppen zur Beförderung der Kriegsoperationen an dem Grundeigenthume sich ereignet haben, und jenen, welche aus zufälligen oder muthwilligen Verheerungen der Truppen geschehen sind. Nur die ersteren sind zu einer Vergütung aus dem Staatsschatze geeignet. — In Ansehung der Letzteren ist wieder zu unterscheiden, ob sie von einheimischen oder feindlichen Truppen verursacht wurden. — Im letzteren Falle ist die Beschädigung ein nothwendiges Uebel des Krieges, und es findet daher für keinen Fall eine Entschädigung Statt; im ersteren Falle dagegen kann eine Vergütung Platz greifen, wenn nähmlich der Schade vollkommen erwiesen werden kann, und es sich zeigt, daß den Befehlshabern dieser Truppen dabey ein Verschulden zur Last falle, indem diese Beschädigungen entweder auf ausdrücklichen Befehl oder auf Zulassung derselben erfolgt seyn. Es steht daher jedem auf diese Art beschädigten österreichischen Unterthane, der sich mit dem Beweise nach Maßgabe dieses Allerhöchsten Ausspruches gegen die Schuldtragenden aufzukommen getrauet, frey, seine Entschädigungsansprüche bey den politischen Behörden gehörig anzumelden, und geltend zu machen, wo es dann die Pflicht der Landesstelle seyn wird, jeden solchen Entschädigungsanspruch gehörig zu würdigen, und auf die Befriedigung des Entschädigungswerbers zu dringen, oder denselben gleich zurückzuweisen. Entschädigungsansprüche für

Kriegsschäden, deren Urheber nicht bekannt sind, kommen in keine Betrachtung [1]).

3) Eine ähnliche Vorschrift ist erst in neuester Zeit wegen Vergütung des durch Errichtung der Sanitätscordone entstandenen Schadens erlassen worden, zufolge welcher die Vergütung der durch die Aufstellung der Sanitätscordone an dem Eigenthume der Privaten eingegangenen Beschädigungen aus dem Staatsschatze nur in denjenigen Fällen Statt zu finden hat, wenn die Beschädigung eine Folge des Anspruches ist, welchen die hierzu berufene Autorität an ein Privateigenthum gestellt hat, um die zur Errichtung und Aufrechthaltung des Cordons nothwendigen Anstalten zu treffen, und wenn die Entschädigung von dem Beschädigten wirklich angesprochen wird. Ueber die Bestimmung des Entschädigungsbetrages ist vorerst im politischen Wege zu verhandeln, und mit dem Beschädigten eine gütliche Ausgleichung zu versuchen, die Bewilligung der Entschädigung aus dem Staatsschatze selbst aber hat die vereinte Hofkanzley im Einvernehmen mit der k. k. allgemeinen Hofkammer zu ertheilen. — In Fällen, wo im politischen Wege keine gütliche Ausgleichung zu Stande gebracht werden kann, und auf der Entschädigung von Seite der Partey bestanden wird, ist der Anspruch auf den Rechtsweg zu verweisen [2]).

---

1) Hofk. Dec. v. 16. April 1821; P. G. 49 B. S. 115.

Was die Entschädigungsansprüche, so aus dem Titel der auf Befehl der erloschenen italienischen Regierung vorgenommenen Befestigungsarbeiten oder sonstigen Kriegsoperationen entsprungen sind, anbelangt, so haben Se. Majestät mittelst des vorne citirten allerhöchsten Handbilletes dießfalls anzuordnen geruht, daß selbe unter die unberichtigten Passiven dieses erloschenen Königreiches gehören, und daher nach den von Se. Majestät über die Erfüllung der Verpflichtungen des Monto und die Bezahlung der Staatsschulden im Allgemeinen begnehmigten Grundsätzen an die aufgestellt werdende Liquidations-Commission zu verweisen, jedoch dafür zu sorgen sey, daß sie von Allerhöchstihren Unterthanen sobald möglich gehörig erwiesen gestellt und liquidirt werden. Forderungen, so aus zufälligen oder muthwilligen Verheerungen der Truppen entspringen, müssen, wenn diese Verheerungen früher Statt hatten, als die venetianisch-lombardischen Provinzen als integrirende Theile des Kaiserthums erklärt wurden, jedoch nur in so weit sie nicht mit Recht an das erloschene Königreich Italien oder Frankreich gestellt werden konnen, ganz zurückgewiesen werden; sonst ist auch zu deren Befriedigung das Erforderliche zu verfügen.

2) Allerh. Entschl. vom 7. May 1832; Hofkanzley Decret vom 13. May u. Justiz-Hofdec. vom 20. September 1832.

Drey und zwanzigstes Hauptstück.

Von dem Tauschvertrage.

§. 1045.

Tausch.

Der Tausch ist ein Vertrag, wodurch eine Sache gegen eine andere Sache überlassen wird. Die wirkliche Uebergabe ist nicht zur Errichtung, sondern nur zur Erfüllung des Tauschvertrages, und zur Erwerbung des Eigenthums nothwendig.

1) Bisher handelte das Gesetzbuch von jenen Verträgen, welche ihrer Wesenheit oder wenigstens ihrer Natur nach unentgeldlich geschlossen werden; nun geht es auf die entgeldlichen, sohin jene Verträge über, zu deren Wesenheit es gehört, daß sie entgeldlich geschlossen werden. — Diese haben entweder Sachen, oder persönliche Leistungen, oder beyde zugleich, und die ersteren haben entweder das Eigenthum von Sachen, oder nur das Benützungsrecht zum Gegenstande. — Entgeldliche Verträge, welche das Eigenthum von Sachen zum Gegenstande haben, sind der Tausch- und Kaufvertrag.

2) Das gallizische Gesetzbuch hat dem Begriffe eines Tauschvertrages eine größere Ausdehnung gegeben, als dieses nach römischem [1]) preußischem [2]) und französischem Rechte [3]) der Fall ist. — Das gegenwärtige Gesetzbuch hat die von allen übrigen Gesetzgebungen angenommene Erklärung des Tauschvertrages wieder in sich aufgenommen, und versteht sohin unter demselben jenen Vertrag, wodurch eine Sache gegen eine andere überlassen wird. Das Wort „Sache" wird aber hier, wie aus dem Zusammenhange deutlich hervorgehet, in einer engeren Bedeutung genommen, als der §. 285 diesen Ausdruck erkläret; es wird darunter das

1) Siehe Buchers Recht der Forderungen. 2. Aufl. S. 327.
2) P. L. R., I. Th., 11. Tit., 2. Abth., § 363.
3) Code Napoleon § 1702.

Eigenthum (Substanz, Proprietät) im Gegensatze des bloßen Gebrauchsrechtes (§. 1090), so auch der Dienstleistungen (§§. 1151 u. s. w.) und des Geldes als bloßes Umtauschmittel betrachtet, verstanden. Indessen ist es einerley, ob die Sache eine bewegliche oder unbewegliche, eine verbrauchbare oder unverbrauchbare sey. — Bey den verbrauchbaren Sachen müssen jedoch Sachen verschiedener Gattung oder Güte als Gegenleistung zugesichert werden, weil sonst ein Darleihensvertrag entstehen würde (§. 983).

3) Der Ausdruck „überlassen" bezeichnet hier, wie v. Zeiller bemerkt, das angenommene Versprechen, das Eigenthum der Sache auf den Andern zu übertragen. — Man kann daher auch die obige Erklärung des Gesetzes zur besseren Verdeutlichung auf folgende Art umschreiben: „Der Tausch ist ein Vertrag, wodurch Jemand das Eigenthum (Proprietät) einer Sache, mit Ausschluß des Geldes als Umtauschmittel, an einen Andern gegen dem zu übertragen erkläret, daß derselbe entgegen eine andere dergleichen Sache gleichfalls in das Eigenthum des Ersteren übergebe." Daraus entspringt für jeden der beyden Contrahenten ein persönliches Recht und eine persönliche Klage (§. 859), den anderen Theil zur Erfüllung und zur Uebergabe anzuhalten (§. 1044), wornach erst das Eigenthum und ein dingliches Recht bewirket wird.

4) Bey unbeweglichen Sachen besteht die wahre juridische Uebergabe in der Ausstellung derjenigen Urkunde, auf deren Grund der Uebernehmer die Anschreibung in dem öffentlichen Buche erwirken kann (§. 435. Nr. 2.). Mit dieser Uebergabe wird sich jedoch der Uebernehmer nicht zufrieden stellen, sondern auch die Uebergabe der Sache in seine physische Gewahrsame fordern. Beyde Arten der Uebergabe gehören zur Erfüllung des Tauschvertrages.

§. 1046.

Das Geld ist kein Gegenstand des Tauschvertrages; doch lassen sich Gold und Silber als eine Waare, und selbst als Münzsorten in so weit vertauschen, als sie nur gegen andere Münzsor-

ten, goldene nähmlich gegen silberne, kleinere gegen größere Stücke verwechselt werden sollen.

Das Geld überhaupt, als eine Quantität betrachtet, ist, wie v. Zeiller bemerkt, kein Gegenstand des Tauschvertrages, sondern, wenn es für das Eigenthum einer Sache versprochen wird, entsteht ein Kauf (§§. 1053 u. 1055), oder wenn es wieder an dem nähmlichen oder an einem anderen Orte zurückgezahlt werden soll, ein Darleihen (§. 983) oder ein Wechselgeschäft. Aber die Metalle, woraus Geld geprägt wird, wie Gold, Silber und Kupfer, auch die geprägten seltenen Münzen, wie Schaumünzen oder Cabinetsstücke, sind ein Gegenstand des Tausches. Eben so können inländische Münzen gegen ausländische, oder größere Münzen gegen kleinere, ferner Papiergeld gegen ein anderes Papiergeld oder gegen Münze vertauschet werden [1]).

§. 1047.

Rechte und Pflichten der Tauschenden.

Tauschende sind vermöge des Vertrages verpflichtet, die vertauschten Sachen der Verabredung gemäß mit ihren Bestandtheilen, und mit allem Zugehöre, zu rechter Zeit, am gehörigen Orte, und in eben dem Zustande, in welchem sie sich bey Schließung des Vertrages befunden haben, zum freyen Besitze zu übergeben und zu übernehmen. Wer seine Verpflichtung zu erfüllen unterläßt, haftet dem Andern für Schaden und entgangenen Nutzen.

1) Schon Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt hier, daß es bey dem ersten Anblicke sehr auffallen müsse, daß das aus dem Tauschvertrage entspringende Rechtsverhältniß hier, so wie jenes aus dem Kaufvertrage in dem folgenden Hauptstücke nur in we-

1) Siehe v. Zeillers Commentar. Dagegen gehören öffentliche Obligationen, wenn sie auch dem Gelde sich annähern, doch nicht unter dasselbe, und die Umwechselung derselben gegen Papiergeld oder Münze, die im Curse ist, gehört überhaupt nicht zu den Tausch-, sondern zu den Kaufverträgen.

nigen Absätzen, dagegen in dem römischen Gesetzbuche und von dessen Auslegern weit ausführlicher abgehandelt wird. Dieses kömmt nähmlich daher, daß letztere vieles unter den Vorschriften über diese zwey Arten von Verträgen aufnehmen, was in dem österreichischen Gesetzbuche bey der Lehre von Verträgen überhaupt vorgetragen worden ist. — Selbst die in dem gegenwärtigen Paragraphe ertheilte Vorschrift ist, wie der benannte Commentator gleichfalls bemerkt, im Grunde nur eine Anwendung einer allgemeinen Regel, nähmlich die Tauschgegenstände der Verabredung gemäß, zu rechter Zeit, in der bestimmten Art und am gehörigen Orte (§. 902) mit ihren Bestandtheilen und dem Zugehöre (§§. 294 u. f. w.) zu übergeben. Wir wollen hier die aus dem gegenwärtigen §. für die vertragschließenden Parteyen hervorgehenden Verpflichtungen etwas näher und ausführlicher beleuchten.

2) Aus der Verpflichtung, die vertauschten Sachen der Verabredung gemäß zu rechter Zeit in eben jenem Zustande zu übergeben, in welchem sie sich bey Schließung des Vertrages befunden haben, fließt ohne Zweifel auch die Verbindlichkeit, die zwar nicht hier, wohl aber bey dem Kaufvertrage besonders ausgedrückt ist, die zu vertauschenden Sachen bis zur Zeit der Uebergabe sorgfältig zu verwahren (§. 1061). Unter einer sorgfältigen Verwahrung wird aber diejenige verstanden, bey welcher von Seite des Verwahrers kein Verschulden unterläuft. — Dieser Verpflichtung handeln sohin die Tauschenden entgegen, wenn sie die dem anderen Theile durch den Tauschvertrag zugesicherten Sachen entweder absichtlich beschädigen, oder jenen Grad des Fleißes und der Aufmerksamkeit unterlassen, welcher bey gewöhnlichen Fähigkeiten angewendet werden kann (§. 1294.). Im ersten Falle sind sie zur vollen Genugthuung verpflichtet, was auch der Fall ist, wenn ihnen eine auffallende Sorglosigkeit zur Last fällt; im zweyten dagegen nur zur eigentlichen Schadloshaltung verbunden (§. 1324). Für einen bloßen Zufall haben sie nicht zu haften (§. 1311). Hat einer dieser tauschenden Theile die dem Anderen zu übergeben versprochene Sache vor der Uebergabe an einen Dritten veräußert, so ist er verpflichtet, dieselbe dem andern Theile

auf seine Kosten zurückzuverschaffen, oder den außerordentlichen Werth derselben zu ersetzen. Wurde er zur Veräußerung gezwungen, indem z. B. ein Gläubiger diese Sache in Execution gezogen hat, so ist er seinem Mitpasciscenten zur eigentlichen Schadloshaltung verbunden; denn daß er an der Erfüllung seiner Vertragspflicht gehindert wird, ist als ein Zufall anzusehen, der durch Verschulden des zur Uebergabe Verpflichteten veranlaßt worden ist; er hat daher den daraus entspringenden Nachtheil zu verantworten (§ 1311). Ist ihm die Sache in Verlust gerathen oder entwendet worden, so kömmt es wieder darauf an, ob ihm dießfalls ein Verschulden zur Last gelegt werden könne oder nicht. Im letzteren Falle ist er dafür nicht verantwortlich. — Nur versteht es sich von selbst, daß er dasjenige, was er in Folge des abgeschlossenen Tauschvertrages bereits erhalten hat, restituiren müsse (§. 878 Nr. 4). Der Verpflichtete kann in einem solchen Falle, wenn die Sache im fremden Besitze gefunden wird, auch nicht verhalten werden, diese Sache von dem Dritten zu vindiciren, um sich dadurch in die Lage zu setzen, die Uebergabe an seinen Mitpasciscenten zu vollziehen; denn indem derselbe den Tauschvertrag einging, hat er sich nur verpflichtet, die versprochene Sache bis zum Zeitpuncte der Uebergabe sorgfältig zu verwahren; er hat also bis dahin die Rechte und Pflichten eines Verwahrers auf sich. — Nun haftet aber der Verwahrer dem Hinterleger nur für den aus der Unterlassung der pflichtmäßigen Obsorge verursachten Schaden, nicht aber für den Zufall; wird ihm daher die ihm anvertraute Sache entwendet, so kann er in dem Falle, als ihm kein Verschulden zur Last gelegt werden kann, auch nicht verhalten werden, dafür zu sorgen, daß die Sache wieder zurückverschafft werde. — Auch die Analogie des §. 378 bestätiget diese Behauptung, denn hier heißt es: „Wer eine Sache im Besitze hatte, und nach zugestellter (Eigenthums-) Klage fahren ließ, muß sie dem Kläger, wenn dieser sich nicht an den wirklichen Eigenthümer halten will, auf seine Kosten zurückverschaffen, oder den außerordentlichen Werth ersetzen," woraus folgt, daß in dem Falle, als der Beklagte die Sache nicht selbst fahren ließ, sondern sie ihm ohne Verschulden entwendet worden

wäre, derselbe auch nicht verhalten werden könnte, sie auf seine Kosten zurückzuverschaffen. In beyden Fällen ist aber der Geklagte zur Ueberlassung der Sache verpflichtet; in dem hier erwähnten, aus dem dinglichen Rechte des Klägers, in dem oben erwähnten Rechtsfalle aber aus der persönlichen Verpflichtung des Geklagten. Der Rechtsgrund der Verbindlichkeit kann aber *in der Regel* an dem Umfange der Verbindlichkeit keinen Unterschied begründen. — Wäre dem Berechtigten an der Uebereinkommung der Sache selbst gelegen, so könnte er den Verkäufer zur Cession der Vindicationsklage, und zur Aushändigung aller Behelfe nöthigen, welche dazu dienen, ihn in die Lage zu setzen, die Vindicationsklage mit Erfolg anstrengen zu können. — Denn in so weit dem Verpflichteten die Erfüllung des Vertrages möglich ist, ist er auch hierzu verpflichtet (§. 882). Ist der Eigenthümer durch den eingetretenen widrigen Zufall in die Unmöglichkeit versetzt, die vertauschte Sache dem anderen Theile zu übergeben; so muß er ihn doch vermög seiner eingegangenen Verbindlichkeit, auf dessen Verlangen, und in so fern es ohne seinen Nachtheil geschehen kann, in die Lage setzen, diese Uebergabe an sich selbst zu vollziehen, was durch die Abtretung der Vindicationsklage und die Aushändigung der dazu nöthigen Behelfe geschieht. — Ist die Sache aus Verschulden des Eigenthümers, weil er sie zu wenig sorgfältig verwahrte, in Verlust gerathen, so hat dieser den andern Theil dießfalls zu entschädigen.

3) Die Tauschenden sind schuldig, die vertauschten Sachen mit ihren Bestandtheilen zu übergeben, weil die Bestandtheile zusammen das Ganze ausmachen. — Die vertauschten Sachen müssen aber auch, wie der gegenwärtige §. hier ausdrücklich bestimmt, mit *allem* Zugehöre, wie dasselbe zur Zeit des abgeschlossenen Vertrages bestanden hat, übergeben werden. — Dieser letztere Beysatz ist gleichfalls in der nachfolgenden Bestimmung gegründet, daß die Sachen in eben dem Zustande, in welchem sie sich bey Schließung des Vertrages befunden haben, übergeben und übernommen werden müssen. Da nun unter Zugehör auch der Zuwachs der Sache, so lange er von der Sache nicht abgesondert ist, gerechnet wird; so könnte man aus dieser gesetz-

lichen Bestimmung zu schließen versucht werden, daß auch der zur Zeit des geschlossenen Vertrages mit der Sache in Verbindung stehende Zuwachs übergeben werden müsse, wenn er auch in der Zwischenzeit von der Substanz getrennt wurde. Allein diese Behauptung stünde mit dem §. 1050 im offenbaren Widerspruche, welcher ausdrücklich anordnet, daß dem Besitzer die Nutzungen der vertauschten Sache bis zur bedungenen Zeit der Uebergabe gebühren, und daß sie erst von diesem Zeitpuncte an, sammt dem Zuwachse an den Uebernehmer übergehen. — Es muß daher der Ausdruck „Zugehör" hier in einem beschränkteren Sinne genommen, und hievon die Nutzungen der Sache ausgeschlossen werden. — Es ist demnach Derjenige, der ein unbewegliches Gut an den Andern vertauscht, auch verbunden, alle jene bey demselben zur Zeit des Contractes befindlichen, ihrer Natur nach beweglichen Sachen zu übergeben, die das Gesetz oder der Eigenthümer zum fortdauernden Gebrauche bestimmt hat; worunter besonders der dabey vorhandene fundus nstructus gehöret (§. 296); ferner alle jene Sachen, die mauer-, niet- und nagelfest sind, und überhaupt jene, welche im §. 297 aufgeführt sind. — Die weiteren gesetzlichen Beschränkungen der hier aufgestellten Regel, daß die Sache mit allem Zugehör übergeben werden müsse, welches zur Zeit der Contracts-Abschließung vorhanden ist, wird bey Erläuterung des §. 1050 vorkommen.

4) Die Uebergabe der vertauschten Sache muß zu rechter Zeit geschehen. — Die rechte Zeit ist die von den Parteyen verabredete (§. 902). Wenn aber die Parteyen nicht ausdrücklich verabredet haben, zu welcher Zeit die Uebergabe geschehen soll, so kann sie sogleich nach geschlossenem Tauschvertrage gefordert werden. — Jedoch muß sich jeder Theil einen nach Beschaffenheit der vertauschten Sache nothwendigen Aufschub gefallen lassen (§. 904), und es kömmt der in Bezug auf die eine vertauschte Sache nöthige Aufschub auch dem andern Theile zu Statten, da kein Theil verbunden ist, die Sache früher als der andere Theil zu übergeben (§. 1052).

5) Die Uebergabe der Sache muß auch am gehörigen Orte geschehen. Dieser Ort ist, wenn ein Ort der Uebergabe

ausdrücklich verabredet worden, der verabredete. Außer diesem Falle kömmt es darauf an, ob sich derselbe aus der Natur und dem Zwecke des Geschäftes bestimmen lasse, und dann muß die Uebergabe an diesem Orte geschehen, weil angenommen wird, daß dieser Ort stillschweigend bedungen worden sey, z. B. wenn Jemand von dem Inhaber eines Ziegelofens Ziegel zur Erbauung eines Hauses gekauft oder eingetauscht hat, und dieser letztere die Lieferung derselben verspricht; so sind die Ziegel, der Vertrag mag an was immer für einem Orte geschlossen worden seyn, an dem Orte, wo das Haus gebaut wird, zu übergeben. Außerdem tritt aber ganz die Vorschrift des §. 905 in Anwendung. Uebrigens kann dieser Ort ein gemeinschaftlicher, oder ein für beyde Theile verschiedener seyn.

6) Die vertauschte Sache muß in eben dem Zustande übergeben werden, in welchem sie sich bey Schließung des Vertrages befunden hat. — Dieses gilt auch von den Bestandtheilen und dem Zugehöre, jedoch unter der Nr. 3 berührten Beschränkung .— Nur wenn eine unbewegliche Sache nach einem errichteten Inventarium überlassen wird, muß man sich mit den darin enthaltenen Stücken begnügen. — Wird eine Sache in Pausch und Bogen veräußert, so kann man nur das, aber auch alles dasjenige verlangen, was bey dieser Sache wirklich vorhanden ist, und nach den Bestimmungen der §§. 294 — 297 als Zugehör derselben angesehen werden muß. — Was in dem Falle Rechtens sey, wenn sich von der Zeit an, als der Vertrag geschlossen worden, bis zur Zeit der Uebergabe der Zustand der Sache verschlimmert hat, wird bey Erläuterung des §. 1049 vorkommen. Von den in der Zwischenzeit ergebenen Verbesserungen wird im §. 1050 gehandelt.

7) Die vertauschte Sache muß dem anderen Theile in den Besitz übergeben werden. Dieses geschieht bey einzelnen beweglichen Sachen durch die Uebergabe derselben von Hand zu Hand (§. 426), bey solchen beweglichen Sachen aber, welche ihrer Beschaffenheit halber keine Uebergabe von Hand zu Hand zulassen, auf die §. 427 aufgeführte Art und Weise. — Bey unbeweglichen Sachen tritt eine zweyfache Uebergabe ein, nähmlich

in den Tabular- und in den Natural-Besitz. — Die erstere geschieht durch die Ausfertigung der Auffands-Urkunde, oder Einschaltung der Einverleibungs-Clausel in den Tauschvertrag selbst, und Uebergabe aller Urkunden, welche erforderlich sind, um durch Eintragung in die öffentlichen Bücher das Besitzrecht zu erlangen. — Die Sache muß aber auch in den physischen Besitz überlassen werden; denn es würde dem andern tauschenden Theile wenig nützen, wenn er seine Anschreibung als Eigenthümer in den öffentlichen Büchern auf das eingetauschte Gut erwirkte, der frühere Eigenthümer aber nicht aufhörte, dasselbe zu bewahren und zu benützen. — Es ist auch gewöhnlich der Zeitpunct dieser physischen Uebergabe von dem Zeitpuncte der eigentlich rechtlichen ganz verschieden.

8) Der gegenwärtige §. schreibt vor, daß die Uebergabe zum freyen Besitze geschehen müsse. — Bey beweglichen Sachen wird eine solche Belastung, welche an den andern Theil überginge, selten vorkommen. — Bey der Uebergabe unbeweglicher Sachen in den Tabularbesitz ist der frühere Eigenthümer aber nur verpflichtet, die Sache frey von Rückständen, und darauf haftenden Schulden zu übergeben. — Denn für solche auf der Sache haftende Lasten, welche aus den öffentlichen Büchern zu ersehen sind, hat der Ueberträger, außer dem Falle einer Zusage, daß die Sache von allen Lasten frey sey, in der Regel nicht zu haften; nur Schulden und Rückstände müssen vertreten werden (§. 928). Ist daher auf dem übergebenen Grundstücke ein Servitut intabulirt, so kann der Uebernehmer nicht fordern, daß der Ueberträger die Extabulation erwirke, wenn er nicht ausdrücklich die Befreyung von allen Lasten, oder von dieser insbesondere zugesichert hat.

9) Der Schlußsatz des gegenwärtigen §., daß Derjenige, der seine Verpflichtung zu erfüllen unterläßt, dem Andern für Schaden und entgangenen Nutzen hafte, kann nicht dahin verstanden werden, daß dieses in allen Fällen ohne Unterschied zu geschehen habe und es gleichgültig sey, ob er durch Zufall, durch grobes oder geringes Versehen an der Erfüllung seiner Verbindlichkeit gehindert wird, oder ob er ohne alles Hinderniß die Verbindlichkeit

nicht erfüllet, zu geschehen habe, sondern es müssen hier offenbar die im dreyßigsten Hauptstücke aufgestellten Vorschriften über Schadenersatz und Genugthuung angewendet werden.

§. 1048.

Insbesondere in Rücksicht der Gefahr.

Ist eine Zeit bedungen, zu welcher die Uebergabe geschehen soll, und wird in der Zwischenzeit entweder die vertauschte bestimmte Sache durch Verboth außer Verkehr gesetzt, oder zufälliger Weise ganz, oder doch über die Hälfte am Werthe zu Grunde gerichtet, so ist der Tausch für nicht geschlossen anzusehen.

§. 1049.

Andere in dieser Zwischenzeit durch Zufall erfolgte Verschlimmerungen der Sache und Lasten gehen auf die Rechnung des Besitzers. Sind jedoch Sachen in Pausch und Bogen behandelt worden; so trägt der Uebernehmer den zufälligen Untergang einzelner Stücke, wenn anders hierdurch das Ganze nicht über die Hälfte am Werthe verändert worden ist.

1) In dem Paragraphe 1047 war von einem durch Verschulden eines Theils in dem Tauschgegenstande verursachten Schaden die Rede. Die gegenwärtigen beyden Paragraphe beantworten aber die Frage, welchen von beyden contrahirenden Theilen ein nach geschlossenem Vertrage durch Zufall verursachter Schade, den die Rechtsgelehrten auch Gefahr zu nennen pflegen, so wie der aus der Sache entspringende Nutzen treffe.

2) Die Frage kann, wie v. Zeiller bemerkt, nur bey völlig bestimmten Gegenständen Statt finden; nicht aber, wenn Sachen von einer gewissen Gattung gegen einander vertauscht werden sollen, z. B. eine Quantität Hafer gegen eine Quantität Heu; weil bey solchen, nur der Gattung nach bestimmten Ge-

genständen weder ein Zuwachs noch ein zufälliger Untergang gedenkbar ist, nach dem Rechts-Sprichworte: genus nunquam perit. — Eben so setzt diese Frage voraus, daß die Uebergabe der vertauschten Gegenstände noch nicht vor sich gegangen sey; indem im Falle der bereits geschehenen Uebergabe ebenfalls kein Zweifel obwalten kann, daß der Schade und Nutzen lediglich den Uebernehmer treffe, da er durch die Uebergabe Eigenthümer der Sache geworden ist.

3) Ist aber die Uebergabe der vertauschten Sache noch nicht erfolgt, so ist zu unterscheiden, ob eine Zeit der Uebergabe bestimmt worden ist oder nicht. — Im ersteren Falle trifft der in der Zwischenzeit, nähmlich von Zeit der Abschließung des Vertrages bis zur bedungenen Zeit der Uebergabe zufällig entstandene Schade oder die Gefahr den Ueberträger und respect. Besitzer, weil dieser vor erfolgter Uebergabe noch immer Eigenthümer der Sache ist (§. 1045), und ein bloß zufälliger Schade den Eigenthümer trifft (§. 1311). Zu diesem Rechtsgrunde gesellt sich auch noch der politische, daß sich der Schade seltner aus einem bloßen Zufalle, als aus einem Versehen des Besitzers ereigne; daß es immer schwer halte, ein solches Versehen zu erweisen; und daß, wie v. Zeiller bemerkt, diese Haftung dem Besitzer um so mehr anspornе, für die Erhaltung der Sache Sorge zu tragen.

4) In Ansehung der Art und des Maßes, wie der Schade von dem Besitzer getragen werden soll, ist zu unterscheiden, ob die Sache in der Zwischenzeit durch Verboth außer Verkehr gesetzt (§. 880), oder ganz, oder doch über die Hälfte an ihrem Werthe zu Grunde gegangen, oder in Verlust gerathen ist; in den ersteren Fällen ist der Vertrag ganz als erloschen anzusehen, und der Besitzer trägt allein den Verlust. Der andere Theil kann das bereits Gegebene wieder zurückfordern.

5) Andere zufällige Verschlimmerungen von minderer Art gehen zwar aus den oben (Nr. 3) angeführten Ursachen ebenfalls auf Rechnung und Gefahr des Besitzers; doch berechtigen sie den andern Theil nicht, von dem Vertrage abzugehen, sondern nur eine verhältnißmäßige Vergütung zu fordern. Der Maß-

stab der Vergütung ist eine von Sachverständigen vorzunehmende Schätzung der Verschlimmerung und rücksichtlich des dem andern Theile dadurch erwachsenen Schadens.

6) Eine Ausnahme von dieser Vorschrift (§. 5) macht der Fall, wenn Sachen in Pausch und Bogen behandelt werden. Der Grund dieser Ausnahme von der Regel liegt, wie v. Scheidlein [1]) bemerkt, theils darin, daß nicht die einzelnen Stücke, welche zusammengenommen das Ganze bilden, den Gegenstand des Vertrages ausmachen, sondern derselbe über das Ganze als eine für sich bestehende Einheit errichtet worden ist, das Ganze aber noch immer dasselbe bleibt, wenn es durch den Untergang einzelner Stücke nicht über die Hälfte am Werthe verändert worden ist, theils darin, daß die Pasciscenten bey der Behandlung wahrscheinlich Rücksicht auf den Untergang einzelner Stücke genommen haben.

7) Beyde aufgestellten Regeln (Nr. 3 u. 6) nehmen an, daß der Zufall sich vor Verlauf der bedungenen Uebergabszeit ergeben habe. — Ist die Zeit der bedungenen Uebergabe verstrichen, und die Uebergabe unterblieb aus einem Verschulden des Ueberträgers, oder aus einem Hinderniße, das sich in seiner Person ereignet hat, so haftet er für den daraus entsprungenen Schaden (§§. 1295 u. 1311). Unterblieb aber die Uebergabe aus einem Verschulden oder zufälligen Hinterniße des Uebernehmers, so kann dieser den daraus entstandenen Schaden Niemanden anderen aufbürden. Nur hat in diesem Falle der Ueberträger zu erweisen, daß das Verschulden oder das zufällige Hinderniß auf Seite des Uebernehmers gewesen sey (§. 1298). Aus einem gleichen Grunde wird in dem Falle, als ein Zweifel darüber entsteht, ob dem Ueberträger oder dem Uebernehmer ein Vorzug zur Last falle, die Verbindlichkeit des Beweises dem Ueberträger obliegen.

---

1) In seiner Abhandlung über den Kaufvertrag. §. 75.

§. 1050.

In Rücksicht der Nutzungen vor der Uebergabe.

Dem Besitzer gebühren die Nutzungen der vertauschten Sache bis zur bedungenen Zeit der Uebergabe. Von dieser Zeit an gebühren sie, sammt dem Zuwachse, dem Uebernehmer, obgleich die Sache noch nicht übergeben worden ist.

1) Die nähmlichen Grundsätze, welche in Ansehung der Haftung für die Verschlimmerung der vertauschten Sache festgestellt worden sind, müssen folgerichtig auch auf die inzwischen vorgefallenen Nutzungen angewendet werden. — Vor der Uebergabe bleibt der Ueberträger als Besitzer noch immer Eigenthümer (§. 1045), dem in der Regel die Nutzungen gebühren (§. 354); und da er vor Verlauf der bedungenen Uebergabszeit die Sache zu übergeben nicht verpflichtet ist, so ist er berechtiget, die natürlichen Früchte in der Zwischenzeit abzusondern und sich zuzueignen. — Durch diese in dem gegenwärtigen §. ausgesprochene gesetzliche Anordnung erleidet daher der allgemeine Ausspruch des §. 1047, wie bey Erläuterung desselben bereits bemerkt worden ist, eine Beschränkung. Der Ueberträger ist daher berechtigt, die natürlichen Früchte in der Zwischenzeit abzusondern und sich zuzueignen, sohin das Gras von der Wiese abzumähen, die Früchte von den Bäumen abzunehmen, in den Waldungen, mit Beobachtung der zur Schonung der Substanz bestehenden Forstgesetze, Holz zu schlagen u. s. w. Dagegen ist er nicht befugt, die Fruchtbäume selbst abzuhauen, und das daraus gewonnene Holz für sich zu benutzen. — Was die übrigen Nutzungen betrifft, so ist kein Zweifel, daß die zur Zeit der bedungenen Uebergabe verfallenen Nutzungen dem Ueberträger gehören, man mag hier die Analogie des §. 330, oder die des §. 519 in Anwendung bringen [1]). Mehr zweifelhaft scheint dagegen die Beantwortung der Frage zu seyn, was in Ansehung der noch nicht

1) Siehe meine Erläuterung des §. 519. Nr. 2.

verfallenen Nutzungen Rechtens sey? — Bey Beantwortung dieser Frage müssen gleichfalls jene Nutzungen, welche auf unsicheren Gefällen beruhen, und die sich nur bey gewissen eintretenden Ereignungen oder Handlungen ergeben, von den beständigen Erträgnissen, welche zu bestimmten Zeiten vorfallen, unterschieden werden. — Bey den ersteren kömmt alles auf die Zeit an, wenn die Ereignung oder Handlung vorgefallen ist. Ist sie vor der Zeit der bedungenen Uebergabe vorgefallen, so gebührt das darauf sich gründende Erträgniß ganz dem Ueberträger; ist sie aber nach der bedungenen Zeit der Uebergabe vorgekommen, so fällt es dem Uebernehmer zu. Bey den Nutzungen der letzteren Art ist sich an die Analogie des §. 519 zu halten, und sind selbe zwischen dem Ueberträger und Uebernehmer nach Maß der Dauer des von beyden Theilen zu beziehenden Genußes zu theilen.

2) Was den übrigen, außer den natürlichen Früchten, vom Tage des Abschlusses des Vertrages bis zur Zeit der Uebergabe sich ergebenden Zuwachs betrifft, so ist kein Zweifel, daß der Ueberträger als Eigenthümer denselben, in so ferne es möglich ist, von der vertauschten Sache abzusondern, und für sich zu behalten berechtiget sey; indem er nur verpflichtet ist, die Sache in dem Zustande, in welchem sie sich zur Zeit des Vertrags-Abschlusses befunden hat, zu übergeben (§. 1047); ist aber dieses nicht möglich, so hat der Ueberträger dem Uebernehmer die Sache sammt dem Zuwachse zu übergeben; jedoch kann er hierfür, in so fern dadurch die Sache an gemeinem Werthe gewonnen hat, eine Vergütung ansprechen; der Beweis dieser Behauptung liegt in dem geistigen Sinne des gegenwärtigen §. in Verbindung mit dem vorhergehenden. — Denn jener erklärt, daß der Zuwachs erst von der bedungenen Zeit der Uebergabe dem Uebernehmer gebühre; ist sohin der vertauschten Sache dadurch eine wirkliche Erhöhung des Werthes erwachsen, so muß diese dem Ueberträger eben so zu Statten kommen, wie ihm im §. 1049 die Verschlimmerungen zur Last gelegt werden. — Daß sich indessen diese Behauptung nur auf jenen Zuwachs beziehen könne, welcher sich in der obenberührten Zwischenzeit ergeben hat, liegt gleichfalls am Tage, weil der zur Zeit des Contract-Ab-

schlusses schon vorhandene Zuwachs, als Zugehör, mit der Sache zu übergeben versprochen worden ist, und daher eigentlich in Bezug auf den Uebernehmer als kein eigentlicher Zuwachs mehr angesehen werden kann.

3) Aus der Betrachtung, daß der Uebergeber bis zum Zeitpunct der Uebergabe Eigenthümer bleibet, folgt auch, daß ein auf dem vertauschten Grunde in der Zwischenzeit sich entdeckter Schatz in dem §. 399 für den Eigenthümer bestimmten Antheile dem Uebergeber gebühre, und derselbe nicht verbunden sey, denselben dem Uebernehmer bey der Uebergabe der Sache auszuhändigen; denn der Schatz ist kein Zuwachs, das Eigenthum desselben wird lediglich durch Zueignung erworben, und unter die im §. 399 bestimmten Personen vertheilet. — Daß derselbe noch vor der bedungenen Zeit der Uebergabe entdeckt wurde, ist als ein dem Uebergeber günstiger Zufall anzusehen, welcher bey Erwerbung des Eigenthums durch Zueignung überhaupt eine bedeutende Rolle spielet.

4) Nach verstrichener Uebergabszeit gebühren die Nutzungen und der neue Zuwachs für jeden Fall dem Uebernehmer, ohne Unterschied, ob zu dieser Zeit die Uebergabe wirklich erfolgt ist oder nicht; und im letzteren Falle, ob sie aus Verschulden des Ueberträgers oder Uebernehmers unterblieben ist. In diesem Falle mag, wie v. Zeiller bemerkt, der Uebernehmer angehalten werden, dem Ueberträger den dadurch verursachten Schaden zu ersetzen (§. 1047); die Nutzungen der Sache aber dafür zu beziehen, ist er nicht berechtiget. — Auf einem nach der bedungenen Zeit der nicht erfolgten Uebergabe entdeckten Schatz hat aber der Uebernehmer nur dann einen Anspruch, wenn er an der Verzögerung der Uebergabe kein Verschulden trägt. — Denn immer bleibt der Ueberträger bis zur Zeit der wirklich erfolgten Uebergabe Eigenthümer des Grundes, und es spricht ihm sohin der §. 399 einen Antheil am Schatze zu. — Trägt daher der Uebernehmer das Verschulden, daß die Uebergabe zur gehörigen Zeit nicht erfolgt ist, so existirt auf seiner Seite kein Rechtsgrund, den für den Eigenthümer bestimmten Antheil an dem gefundenen Schatze in Anspruch zu nehmen, da ein gefundener Schatz weder

unter die Nutzungen noch unter den Zuwachs gehört, welcher in dem gegenwärtigen §. dem Uebernehmer für jeden Fall zugesprochen wird; liegt aber an dem Ueberträger das Verschulden, so hat dieser dem Uebernehmer den aus der verzögerten Uebergabe entstandenen Schaden zu ersetzen, und ein solcher Schade würde als Zueignung des berührten Antheiles an dem Schatze anzusehen seyn, da, wenn die Uebergabe zu rechter Zeit erfolgt wäre, der Schatz mit dem Grunde an den Uebernehmer übergegangen wäre.

§. 1051.

Ist keine Zeit zur Uebergabe der bestimmten Sache bedungen, und fällt keinem Theile ein Versehen zur Last; so sind die obigen Vorschriften wegen Gefähr und Nutzungen (§§. 1048 — 1050) auf den Zeitpunct der Uebergabe selbst anzuwenden; in so fern die Parteyen nicht etwas Anderes festgesetzt haben.

1) Die bisher erläuterten Paragraphe 1048 — 1050 handelten von jenen Fällen, wo eine Zeit zur Uebergabe bestimmt worden ist. — Ist dieses nicht geschehen, so kann jeder Theil (vorausgesetzt, daß er den Vertrag von seiner Seite bereits erfüllet hat, oder zu erfüllen bereit ist (§. 1052), sogleich auf die Erfüllung dringen (§. 904), und sobald diese erfolgt, trifft den Uebernehmer als Eigenthümer Gefahr und Nutzen (§. 1048).

2) Allein bis die Uebergabe erfolgt, verbleibt der Nutzen aus der nähmlichen Ursache dem Besitzer, weil er noch Eigenthümer der Sache ist; nur in dem Falle, daß er die betriebene Uebergabe geflissentlich oder aus einer auffallenden Sorglosigkeit verzögert hätte, müßte er die dadurch dem anderen Theile entzogenen Nutzungen der Zwischenzeit herausgeben (§§. 1295, 1323 u. 1324).

§. 1052.

Wer auf die Uebergabe dringen will, muß seine Verbindlichkeit erfüllet haben, oder sie zu erfüllen bereit seyn.

1) Da es bey Verträgen überhaupt vorzüglich darauf ankommt, was die Parteyen selbst für Bestimmungen beygerückt haben, und das Gesetz in der Regel nur für jene Fälle Vorsehung trifft, für welche die Pasciscenten keine ausdrückliche Verabredung getroffen haben: so ist kein Zweifel, daß auch in dem Tauschvertrage bestimmt werden könne, welcher aus den Pasciscenten mit Erfüllung des Vertrages den Anfang machen soll. Ist daher dießfalls von den Parteyen ausdrücklich etwas festgesetzt worden, so kann derjenige, welcher nach der Verabredung mit der Erfüllung den Anfang zu machen hat, auch von dem andern Theile angehalten werden, seiner ausdrücklich übernommenen Verbindlichkeit nachzukommen. Da jedoch die Gegenleistung in der Wesenheit des Tauschvertrages gegründet ist, so könnte sich die dießfalls belangte Partey von einer solchen Anforderung allerdings dadurch schützen, wenn sie zu erweisen im Stande wäre, daß ihr Mitpasciscent gar nicht in der Lage sey, von seiner Seite den Vertrag zu erfüllen. Es hätten z. B. A und B ihre Reitpferde gegen einander vertauscht, und es wäre in dem Vertrage bedungen, daß zuerst A dem B sein Pferd zu übergeben hätte; so müßte A, wenn er zu erweisen vermöchte, daß B sein Pferd in der Zwischenzeit an einen Dritten veräußert habe, gleichfalls von der Verpflichtung, sein eigenes Pferd dem B zu übergeben, frey gesprochen werden.

2) Außer dem Falle einer ausdrücklichen Verabredung vermuthet aber das Gesetz, daß die Uebergabe nur unter der Bedingung verheißen worden, daß auch der andere Theil sein Versprechen bereits erfüllet habe, oder doch zu gleicher Zeit die Sache zu übergeben bereit sey. — Will daher einer der vertragschließenden Theile den andern auf Erfüllung des Vertrages belangen, so muß er ausweisen, entweder, daß er den Vertrag von seiner Seite bereits erfüllet habe, oder denselben zu erfüllen bereit sey. — Es entsteht hier die Frage, was zum Erweise der Bereitwilligkeit zur Erfüllung erfordert werde? Die bloße wirkliche Erklärung, er sey dazu bereit, scheint dazu nicht hinlänglich; denn es ist nothwendig, daß der Pasciscent dem Richter die Ueberzeugung seiner Bereitwilligkeit liefere, was durch

die bloße Erklärung nicht bewerkstelliget wird. — Diese Ueberzeugung wird nun allerdings dadurch am sichersten verschafft, wenn derselbe die zu übergebende Sache gerichtlich hinterlegt, oder in so fern sie zur gerichtlichen Hinterlegung nicht geeignet ist, sie mittelst des Gerichtes einem Dritten in Verwahrung geben läßt. — Allein man kann nicht behaupten, daß dieses das einzige Mittel sey, die Bereitwilligkeit darzuthun; denn sonst würde das Gesetz sich gewiß deutlicher ausgedrückt, und ausdrücklich angeordnet haben, daß derjenige, welcher auf die Uebergabe dringet, von seiner Seite die Uebergabe bewerkstelliget, oder wenigstens die Einleitung zur gerichtlichen Verwahrung der zu übergebenden Sache getroffen haben müsse. — Es genügt daher, wenn er die Sache auch ohne alle gerichtliche Intervenirung einem Dritten mit der Weisung in Verwahrung gibt, sie nach erfülltem Vertrage von der andern Seite seinem Mitpasciscenten zu übergeben. — Dieses scheint aber auch zum wenigsten nöthig zu seyn; denn da die Verbindlichkeit zur Erfüllung des Vertrages von beyden Seiten gleich ist, so kann kein Theil verhalten werden, den Vertrag von seiner Seite zu erfüllen, wenn er nicht auch überzeugt ist, daß die andere Seite seine Verbindlichkeit gewiß erfüllen werde. — So lange nun aber der eine Pasciscent sich in der Lage befindet, mit der zu übergebenden Sache nach Belieben verfügen zu können, ist dieser Fall nicht vorhanden. Eine andere Art, die Bereitwilligkeit darzuthun, bestünde darin, wenn sich der auf die Erfüllung dringende Pasciscent erkläret, die von seiner Seite zu übergebende Sache an den durch den Vertrag oder durch das Gesetz bestimmten Ort der Uebergabe (in so fern er ein gemeinschaftlicher ist) zu bringen, wo ihm dann sein Mitpasciscent die von seiner Seite zu übergebende Sache gegen Aushändigung der ersteren extradiren solle.

3) Die gerichtliche Hinterlegung der zu übergebenden Sache vertritt aber außer dem Falle des §. 1425 keineswegs die Stelle der wirklichen Uebergabe, sondern liefert lediglich den Beweis, daß es einem Pasciscenten mit der Uebergabe der Sache Ernst sey. — Der andere Theil kann daher nicht verhalten werden, die hinterlegte Sache selbst zu erheben, sondern er kann darauf

dringen, daß sie ihm an dem bestimmten Orte der Erfüllung kostenfrey übergeben werde. Dieses gilt um so mehr von der außergerichtlichen Verwahrung.

4) Hat ein Theil den Vertrag bereits vollzogen, so kann er aus dem Grunde, weil der andere Theil seine Verbindlichkeit nicht erfüllet, keineswegs das bereits Gegebene wieder zurückfordern, sondern nur auf die genaue Erfüllung des Vertrages dringen. — Zeigte sich, daß der andere Theil sein Versprechen zu erfüllen außer Stand sey, weil die Leistung schon zur Zeit des Vertrages unmöglich war; so ist der Vertrag ungültig (§. 878), und das Zurückforderungsrecht findet daher allerdings Statt. — Eine späterhin eingetretene Unmöglichkeit ist nach den obigen Vorschriften (§§. 1048 — 1051) zu beurtheilen.

5) Eine bloß theilweise Erfüllung des Vertrages von Seite eines Pasciscenten berechtiget diesen noch nicht, auf die selbst nur theilweise Erfüllung von Seite des anderen Theiles zu dringen; ausgenommen es wäre der Vertrag als ein aus mehreren Tauschverträgen zusammengesetzter Vertrag zu behandeln; welches der Fall wäre, wenn in dem Vertrage mehrere Gegenstände des Tausches aufgeführt wären, und zugleich darin bestimmt würde, mit welchem Stücke jedes verwechselt werden sollte.

Vier und zwanzigstes Hauptstück.

Von dem Kaufvertrage.

§. 1053.

Kaufvertrag.

Durch den Kaufvertrag wird eine Sache um eine bestimmte Summe Geldes einem Andern überlassen. Er gehört, wie der Tausch, zu den Titeln ein Eigenthum zu erwerben. Die Erwerbung erfolgt erst durch die Uebergabe des Kaufgegenstandes. Bis zur Uebergabe behält der Verkäufer das Eigenthumsrecht.

1) Der Kaufvertrag ist so, wie der Tauschvertrag (§. 1045) ein sogenannter Consensual-Vertrag, welcher bloß durch die beyderseitige Einwilligung der Parteyen zu Stande kömmt, und unterscheidet sich von demselben im wesentlichen nur darin, daß eine Sache (ebenfalls in der nähmlichen Bedeutung wie im §. 1045) um eine bestimmte Summe Geldes überlassen wird.

2) Daraus entsteht sogleich ein Erwerbungstitel, ein persönliches Recht, eine Forderung und Klage (§. 859) auf die Uebergabe als Erwerbungsart zu dringen. — Das Eigenthum geht nur durch die wirkliche Uebergabe an den anderen Theil über; bis selbe erfolgt, bleibt der Verkäufer Eigenthümer des Kaufgegenstandes und der Käufer Eigenthümer des Kaufgeldes.

§. 1054.

Erfordernisse des Kaufvertrages.

Wie die Einwilligung des Käufers und Verkäufers beschaffen seyn müsse, und welche Sachen gekauft und verkauft werden dürfen, dieses wird nach den Regeln der Verträge überhaupt bestimmt. Der Kaufpreis muß im baren Gelde bestehen, und darf weder unbestimmt, noch gesetzwidrig seyn.

1) Die wesentlichen Erfordernisse des Kaufvertrages sind: die wechselseitige Einwilligung (§. 861), eine Sache als Kaufgegenstand, und der Kaufpreis.

2) Von der Einwilligung gilt hier allgemein dasjenige, was darüber in der Lehre von Verträgen überhaupt gesagt worden ist. — Insbesonders sind also die Vorschriften über die Fähigkeit der Personen (§§. 865 — 868), die Wirklichkeit der Einwilligung, den Irrthum, Betrug und Zwang (§§. 869 u. 877), über die Art, die Einwilligung zu erklären (§§. 863 u. 883 — 887), die Correalität (§§. 888 — 896), die Bedingungen, den Bewegungsgrund (§§. 897 — 901), die Auslegungsregeln und Erlöschung der Verträge (§§. 914 — 920); ferner über die Gewährleistung (§§. 922 — 933), den Vorbereitungsvertrag und Verzicht (§§. 936 u. 937) auch auf den Kaufvertrag anzuwenden. Eben so ist das, was von der Möglichkeit der Leistung (§§. 878 — 882) überhaupt ausgesagt wird, auch auf den Kaufgegenstand zu beziehen. — Doch sollen hier einige Eigenheiten besonders herausgehoben werden.

3) Ein über eine nicht mehr vorhandene Sache geschlossener Kauf ist ungültig, weil ein wesentlicher Bestandtheil des Kaufvertrages, nähmlich der Kaufgegenstand, mangelt, und weil auch der §. 923 unter den Fällen der Gewährleistung ausdrücklich den Fall aufführet, wenn eine nicht mehr vorhandene Sache veräußert wird, und der §. 932 diesem Veräußerungsacte die Wirkung beylegt, daß der Käufer die gänzliche Aufhebung des Vertrages fordern könne. — Ist die verkaufte Sache zur Zeit des geschlossenen Kaufvertrages nur zum Theile mehr vorhanden, so ist vor Allem zu unterscheiden, ob dadurch der ordentliche Gebrauch der Sache gehindert wird oder nicht. Im ersten Falle ist der Kauf nichtig, im zweyten Falle aber scheint der Kaufvertrag gültig zu seyn, nur muß der Verkäufer den zu Grunde gegangenen Theil auf seine Kosten herstellen lassen. — Wäre indessen der zu Grunde gegangene Theil mehr werth, als die

Hälfte der ganzen Sache, so wäre der Kaufvertrag gleichfalls ungültig (§§. 1048 u. 1064) [1].

4) Den Verkauf einer fremden Sache hält Herr Reg. Rath v. Scheidlein für gültig, und begründet seine Behauptung durch folgende Bemerkungen: „Die Veräußerung einer fremden Sache erscheine zwar (§. 923) unter den Fällen der Gewährleistung, allein der §. 932, welcher die Wirkung der Gewährleistung erklärt, könne jedoch auf diesen Fall nicht angewendet werden, weil dort von mangelhaften Sachen die Rede sey; eine fremde Sache aber, so lange der Eigenthümer dieselbe nicht abfordert, dem Besitzer den ordentlichen Gebrauch leistet, mithin nicht mangelhaft genannt werden könne; es müsse sohin die erwähnte Frage nach allgemeinen Grundsätzen beantwortet werden. Da nun eine fremde Sache von dem Verkäufer dem Käufer überlassen werden könne, obwohl der Käufer das Eigenthum derselben nicht erlanget; da also das, was nach der im §. 1053 enthaltenen Definition zur Gültigkeit eines Kaufvertrages erfordert wird, auch bey dem Verkaufe einer fremden Sache eintreffe; da ferner auch fremde Sachen im Verkehre stehen; über alles aber, was im Verkehre steht, gültige Verträge geschlossen werden könnnen: so folge, daß der Verkauf einer fremden Sache gültig sey. Damit stimmen auch die Vorschriften des römischen Rechtes überein [2]. Die Gewährleistung könne erst dann, wenn das Eigenthum angesprochen wird, begehret werden, und bringe erst dann, wenn das angesprochene Eigenthum behauptet wird, und darum die Sache von dem Käufer dem Eigenthümer eingehändigt werden muß, die Wirkung hervor, daß der erstere die Aufhebung des Vertrages, d. i. die Zurückstellung des bezahlten Kaufschillings, und Entschädigung fordern könne." Allein diese Ansicht scheint mir mit dem Geiste des bürgerlichen Gesetzbuches durchaus nicht übereinzustimmen. — Denn der Zweck des Käufers ist offenbar, das Eigenthum der gekauften Sache an sich zu bringen; und der Verkäu-

1) Siehe des Herrn Reg. Rathes v. Scheidlein Abhandlung über den Kaufsvertrag §. 33.

2) L. 25. §. 1. D. in contrahenda emtione, de L. 28. cod.

fer verspricht demnach stillschweigend die verkaufte Sache in das Eigenthum des Käufers zu übertragen. — Diese Behauptung gehet klar aus dem §. 1053 hervor, in welchem der Kaufvertrag zu den Titeln, ein Eigenthum, zu erwerben gerechnet wird; und worin die weitere Anordnung enthalten ist, daß der Käufer durch die an ihn geschehene Uebergabe des Kaufgegenstandes das Eigenthum desselben erwerbe. Der Ausdruck „überlassen" im §. 1053 kann daher nicht auf die Uebertragung des Besitzes beschränkt, sondern muß auf die Uebertragung des Eigenthums ausgedehnt werden, und das vom R. R. v. Scheidlein angeführte römische Gesetz: qui vendidit, necesse non habet, fundum emtoris facere entspricht daher offenbar dem Geiste unsers Gesetzbuches nicht. — Auch geht dieser Satz des römischen Rechtes aus den demselben im Obligationen-Fache eigenthümlichen Formenwesen hervor, das dem Geiste des österreichischen Gesetzes ganz fremd ist, wie dieses selbst der Schlußsatz des nähmlichen römischen Gesetzes beweiset, der also lautet: ut cogitur, qui fundum stipulanti spopondit. Es ist zwar richtig, daß fremde Sachen im Allgemeinen dem Verkehre nicht entzogen sind; allein sie sind dem Verkehre derjenigen entzogen, welche damit zu schalten nicht befugt sind. — Da nun nach dem österreichischen Gesetzbuche der Verkäufer das Eigenthum der Sache auf den Käufer zu übertragen verspricht, so muß er dieses Versprechen auch erfüllen, und daher, wenn er eine fremde Sache verkauft hat, bewirken, daß das Eigenthum an den Käufer übergehe, widrigens ist der Käufer berechtigt, wegen Unmöglichkeit der Leistung, die Aufhebung des Vertrages zu begehren. Nur die im §. 367 enthaltenen Fälle machen eine Ausnahme, weil der Käufer, das Eigenthum der fremden Sache durch die Vorschrift des Gesetzes erwirbt.

5) Der Kauf ist, so wie der Tausch, ein Mittel, das Eigenthum einer Sache zu erwerben. Daraus folgt, daß Niemand seine eigene Sache kaufen könne. In so fern jedoch Jemand durch einen Andern, welchem einige Rechte in Bezug auf die dem Ersteren gehörige Sache zustehen, in der Ausübung seines Eigenthumsrechtes beschränkt ist, kann es sich allerdings

ergeben, daß er sich durch Bezahlung eines Preises von diesen Beschränkungen frey mache, und sich dadurch gleichsam die Freyheit seines Eigenthums erkaufe. Ich sage gleichsam, denn im juridischen Sinne des Wortes ist dieser Vertrag kein Kauf, — sondern ein ungenannter Vertrag. Der Eigenthümer der Sache gibt den Preis nicht zu dem Ende her, damit ihm der Andere eine Sache oder ein Recht übertrage, sondern nur Handlungen unterlasse, zu denen er befugt gewesen wäre. — Denn die Freyheit des Eigenthums, welche der Eigenthümer dadurch erlangt, kann von dem andern Theile, da er sie selbst nicht besitzt, nicht übertragen werden. — Kauft Jemand eine unter einer Bedingung legirte Sache von dem Erben, so gilt der Kauf, wenn die Bedingung nicht eintrifft. Trifft sie ein, so muß der Erbe dem Legatar die Sache aus dem letzten Willen des Eigenthümers überlassen. Ist der Käufer schon zur Zeit des geschlossenen Kaufes Miteigenthümer der gekauften Sache gewesen, so gilt der Kauf nur in so weit, als die Sache dem Käufer noch nicht eigenthümlich war. — Diese schon im römischen Rechte gegründeten Lehrsätze gelten ohne Zweifel auch nach dem österreichischen Civilrechte, weil sie eine unmittelbare Folge des oben aufgestellten Satzes sind, daß Niemand Käufer seiner eigenen Sache seyn könne. — Eine scheinbare Ausnahme davon macht der Fall, wenn der Eigenthümer der verpfändeten Sache bey der gerichtlichen Feilbiethung selbst mitbiethet, und wirklich den höchsten Anboth macht (§. 463 Nr. 2). Allein auch hier ist nur die Form eines Kaufvertrages, — ein eigentlicher Kaufvertrag aber nicht vorhanden; denn der Eigenthümer erwirbt durch diesen höchsten Anboth keineswegs erst das Eigenthum der versteigerten Sache, sondern befreyt sich durch die Bezahlung des höchsten Anboths lediglich von den auf der versteigerten, ihm ohnehin eigenthümlichen Sache ruhenden Pfandschaftslasten, und macht sich daher nur von Beschränkungen frey.

6) Der Gegenstand des Kaufvertrages kann übrigens eine bewegliche oder unbewegliche, körperliche oder unkörperliche Sache (ein Recht) seyn. — Nur ist bey dem Kaufe von Rechten zu

bemerken, daß, da das verkaufte Recht an den Käufer abgetreten werden muß, die in Ansehung einer solchen Abtretung in dem bürgerlichen Gesetzbuche vorkommenden Bestimmungen (§§. 1392 — 1399) in Wirksamkeit treten. — Bey dem Kaufe eines Rechtes gehört die Abtretung desselben nicht zur Wesenheit des Kaufvertrages, sondern zur Erfüllung desselben; denn der Kaufvertrag ist für abgeschlossen zu halten, sobald die Parteyen über die Forderung, welche abgetreten werden soll, und den Preis, welcher dafür zu entrichten ist, einig sind. — Da übrigens die Rechte, welche aus dem Kaufe eines Rechtes für den Verkäufer und Käufer entstehen, nur dann vollständig entwickelt werden können, wenn sich dabey die Bestimmungen der §§. 1392 — 1399 vor Augen gehalten werden, so wird sich die nähere Erörterung dieses Rechtsverhältnisses bey Erläuterung der hier citirten Gesetzesstellen vorbehalten. — Von dem Kaufe einer Erbschaft, oder einer gehofften Sache wird in dem Hauptstücke von den Glücksverträgen (§§. 1276 — 1283) gehandelt.

7) Eben so können nicht nur einzelne, ihrem Individuum nach bestimmte Sachen, sondern auch Gattungsachen (z. B. Eines der im Stalle vorfindigen Pferde), verkaufet werden. In einem solchen Falle ist sich sowohl die Bestimmung der §§. 906 u. 907, als die des §. 656 vor Augen zu halten. Ist durch die Wahl des Stückes, je nachdem sie dem Verkäufer oder Käufer zustehet, eine aus denselben über die Hälfte verletzt worden, so kann er die Aufhebung des Vertrages, aber keineswegs das fordern, daß ein anderes Stück gewählet werde. — Denn durch den Kaufvertrag ist einmahl dem einen oder andern Theile, entweder ausdrücklich oder mittelst des Gesetzes die Wahl eingeräumt; der verletzte Theil kann sohin allerdings die Aufhebung, aber keineswegs eine Abänderung des Vertrages in einzelnen Puncten verlangen, welches allerdings dadurch geschehen würde, wenn der verletzte Theil das Wahlrecht, welches dem andern Theile in dem Vertrage eingeräumt ist, beschränken wollte.

§. 1055.

Der Kaufpreis muß a) im baren Gelde bestehen.

Wird eine Sache theils gegen Geld, theils gegen eine andere Sache veräußert; so wird der Vertrag, je nachdem der Werth am Gelde mehr oder weniger, als der gemeine Werth der gegebenen Sache beträgt, zum Kaufe oder Tausche, und bey gleichem Werthe der Sache, zum Kaufe gerechnet.

1) Der Kaufpreis muß im baren Gelde bestehen; dadurch unterscheidet er sich theils von dem Tauschvertrage (§. 1045), theils von andern, ungenannten, entgeldlichen Verträgen (§. 921). Unter barem Gelde versteht man insgemein die klingende Münze und jene öffentlichen Creditspapiere, welche im ordentlichen Umlaufe die Stelle des baren Geldes vertreten, sohin Banknoten, Einlös- und Anticipationsscheine. Das Finanzpatent vom 20. Hornung 1811 hatte §. 9 anbefohlen, daß vom 15. März 1811 an alle Contracte zwischen den österreichischen Unterthanen, in so fern sie sich nicht etwa auf das Ausland beziehen, in Wiener-Währung abgeschlossen werden müssen, und es wurde jeder von diesem Zeitpuncte auf andere Art eingegangene Vertrag für ungültig erklärt. Allein das Patent vom 1. Juny 1816 [1]) hat angeordnet, daß vom Tage der Bekanntmachung desselben gestattet sey, in schriftlichen Urkunden Verträge auf conventionsmäßige und andere gesetzliche Gold- und Silbermünzen oder Papiergeld abzuschließen, und es ist nicht nöthig die Münz-Species in den Verträgen auszudrücken, sondern es genügt, daß die Verpflichtung nur im Allgemeinen auf Conventions-Münze, oder auf gesetzliche Gold- und Silbermünze laute, in beyden Fällen ist die Zahlung in den gesetzmäßig umlaufenden Gold- und Silbermünzen zu leisten [2]). Diese höchste Bestimmung wurde dann auch auf mündliche Verträge

1) J. G. S. Nr. 1243, §. 3.
2) Hofdec. vom 28. Feb. 1817; J. G. S. Nr. 1332.

und Verabredungen nach Maß des gemeinschaftlichen Einverständnisses der Parteyen ausgedehnt; nur wurde verordnet, daß in den Fällen, in welchen das Uebereinkommen nur auf Geldsummen überhaupt, ohne nähere Bestimmung der Valuta, gerichtet ist, die gesetzliche Vermuthung stets für die Wiener-Währung einzutreten habe [1]).

2) Schuldscheine (sie mögen öffentliche oder Privat-Schuldscheine seyn), gehören im eigentlichen Sinne des Wortes nicht zum baren Gelde. Wird daher eine Sache gegen Abtretung einer Privat-Forderung hintangegeben, so kann dieser Vertrag als kein Kaufvertrag angesehen werden. Oeffentliche Schuldscheine werden zwar in manchen Fällen wie bares Geld behandelt (§. 990); weßhalb auch Herr Hofrath v. Zeiller in seinem Commentare sich dahin ausspricht, daß mit Einwilligung des Verkäufers auch öffentliche Schuldscheine als Kaufpreis gegeben werden können. — An der Zulässigkeit dieses Uebereinkommens kann freylich kein Zweifel seyn, allein die Frage ist nur die, ob der Vertrag dann unter die Kaufsgeschäfte zu rechnen sey? — Hier glaube ich unterscheiden zu müssen, ob der Preis in einer bestimmten Zahl und Gattung der öffentlichen Obligationen bedungen, oder ob er im baren Gelde festgesetzt, und dabey nur ausgemacht wird, daß der Verkäufer öffentliche Obligationen nach ihrem börsemäßigen Curse als bares Geld zu übernehmen habe. — Im ersten Falle ist der Vertrag ein Tauschvertrag, im letzten aber ein Kaufvertrag, weil hier eigentlich bares Geld als Kaufpreis bedungen wurde, und die Obligationen nur statt baren Geldes gegeben werden.

3) Ist für eine Sache theils Geld, theils wieder eine Sache versprochen worden, so wird der Vertrag zufolge der bekannten Regel: a potiori Fit denominatio, nach dem Uebermaße des Werthes von dem einen oder anderen Gegenstande als ein Kauf, oder vielmehr als ein Tausch, und wenn der Werth gleich stünde, für einen Kauf gehalten; weil letzterer heut zu Tage gewöhnlicher, und das Gewöhnlichere zu vermuthen ist. Uebrigens ist,

1) Hofdec. vom 25. Octob. 1817; J. G. S. Nr. 1382.

wie v. Zeiller bemerkt, dieser Unterschied bey der Aehnlichkeit der Vorschriften über diese beyden Arten von Verträgen (§§. 1061 — 1066) von keiner Wichtigkeit.

§. 1056.

b) Der Kaufpreis muß bestimmt seyn.

Käufer und Verkäufer können die Festsetzung des Preises auch einer dritten bestimmten Person überlassen. Wird von dieser in dem bedungenen Zeitraume nichts festgesetzt; oder will im Falle, daß kein Zeitraum bedungen worden ist, ein Theil von der Bestimmung des Preises zurücktreten: so wird der Kaufvertrag als nicht geschlossen angesehen.

1) Der Kaufpreis muß bestimmt seyn (§. 1054), dergestalt, daß er nicht dem Zufalle (§. 1267), oder einer erst künftigen Verabredung (§. 936), oder der bloßen Willkühr des Käufers oder Verkäufers überlassen werde. — Es gibt aber vier Arten der Bestimmung des Kaufpreises; die erste, wenn die Summe desselben von den vertragschließenden Parteyen selbst festgesetzt; die zweyte, wenn die Festsetzung der Summe desselben einer dritten bestimmten Person überlassen; die dritte, wenn der Werth, der bey einer früheren Veräußerung bedungen worden, als Kaufpreis angenommen; die vierte, wenn der ordentliche Marktpreis zu Grunde gelegt wird. — Von der ersteren Art der Bestimmung des Kaufpreises ist nichts besonderes zu bemerken.

2) Um die Preisbestimmung einer fremden Entscheidung gültig und mit Erfolg zu überlassen, muß eine individuelle Person, deren Fähigkeit und Redlichkeit man zu würdigen im Stande ist (nicht etwa in allgemeinen Ausdrücken ein Verwandter, ein Sachverständiger überhaupt u. s. w.), dazu bestimmt werden. Uebrigens kann diese Person eine physische oder moralische Person seyn, z. B. die Vorsteher einer bestimmten Handwerks-Ordnung, so daß die Individualität der Personen, welche diesen Preis zu bestimmen haben, keinem Zweifel unterliegen kann. Ein ge-

gen diese Vorschrift getroffenes Uebereinkommen würde von keiner Wirkung seyn. Es würde daher auch ein Vertrag ungültig seyn, worin die Bestimmung des Dritten, der den Kaufpreis festzusetzen hätte, der Willkühr des Käufers oder Verkäufers anheim gestellt würde.

3) Ist nun aber die Festsetzung des Preises mit Beobachtung der obigen Vorschrift von den vertragschließenden Theilen einer dritten bestimmten Person überlassen worden, so muß man unterscheiden, ob zu derselben ein bestimmter Zeitraum bedungen worden ist oder nicht. In dem ersten Falle ist der Kaufvertrag unter der Bedingung für geschlossen zu halten, daß die dritte Person den Preis binnen der bestimmten Zeit festsetze. — Vor Ablauf dieses Zeitraums, so lange die Bedingung schwebt, kann kein Theil von dem geschlossenen Vertrage zurücktreten, und spricht sich die dritte Person binnen der bedungenen Frist über den Kaufpreis aus, so ist er unbedingt für geschlossen zu halten; setzt selbe aber den Preis binnen dem bedungenen Zeitraume nicht fest, entweder, weil sie ihn nicht festsetzen kann, z. B. wenn sie gestorben ist, oder nicht festsetzen will; so ist der Kaufvertrag ungültig, und zwar im ersten Falle von dem Zeitpuncte an, als die Erfüllung der Bedingung unmöglich wird, d. i. in dem oben gegebenen Beyspiele, von dem Zeitpuncte des Todes dieses Dritten, im zweyten Falle aber nach Verlauf des Zeitraumes, ohne daß es einer ausdrücklichen Erklärung der einen oder andern Partey bedürfte, von dem Vertrage zurücktreten zu wollen. — Ist kein bestimmter Zeitraum zur Festsetzung des Kaufpreises verabredet worden, so steht es *vor der wirklichen Bestimmung des Preises* jedem Theile zu jeder Zeit frey, von dem Vertrage zurückzutreten, weil sonst die Erfüllung der Bedingung auf eine ungewisse Zeit verschoben bliebe, die Contrahenten also sich in einer fortwährenden Ungewißheit befinden würden, ob das Kaufgeschäft zu Stande kommen werde oder nicht [1]).

1) Für diese Behauptung spricht auch die Analogie des §. 936, nach welchem die Verabredung, künftig erst einen Vertrag schließen zu wollen, nur dann verbindlich ist, *wenn die Zeit der Abschließung bestimmt* ist.

4) Hat nun der Dritte den Preis in gehöriger Zeit festgesetzt, so muß es dabey sein Bewenden haben, wenn wirklich der festgesetzte Preis im Verhältnisse zu dem wahren Werthe der verkauften Sache zu hoch oder zu niedrig stünde. Die Ausnahmen hiervon kommen unten §§. 1059 u. 1060 vor.

§. 1057.

Wird die Bestimmung des Preises mehreren Personen überlassen, so entscheidet die Mehrheit der Stimmen. Fallen die Stimmen so verschieden aus, daß der Preis nicht einmahl durch die wirkliche Mehrheit der Stimmen festgesetzt wird; so ist der Kauf für nicht eingegangen zu achten.

1) Die Bestimmung des Preises kann auch *mehreren*, jedoch ebenfalls *bestimmten* Personen (§. 1056 Nr. 3) in Gemeinschaft anvertraut werden, wobey die Stimmenmehrheit entscheidet (§. 833). Die Stimmenmehrheit ist nun entweder eine absolute, oder eine bloß relative. Eine *absolute* Stimmenmehrheit ist dann vorhanden, wenn mehr als die Hälfte der Glieder für einen Beschluß stimmen, eine *relative* aber, wenn für einen Beschluß mehrere Stimmen als für jeden andern, aber dennoch nicht mehr Stimmen, als die Hälfte aller Glieder beträgt, vorhanden sind [1])! Es entsteht daher hier die Frage, ob die absolute oder relative Stimmenmehrheit entscheide? Sowohl Herr Hofrath v. Zeiller als Herr Regierungsrath v. Scheidlein [2]) behaupten, daß die relative Stimmenmehrheit nicht genüge, sondern eine absolute Stimmenmehrheit erfordert werde. — Allein es ist aus ihren Erklärungen ersichtlich, daß sie mit diesen Bezeichnungen einen von der oben angegebenen Bedeutung etwas abweichenden Sinn verbinden, indem sie unter einer absoluten Stimmenmehrheit diejenige verstehen, welche nach der Zahl der Personen berechnet, und unter einer relativen diejenige, welche aus der Vergleichung dessen, was den Wenigeren mißfällt, her-

1) Siehe das natürliche Privatrecht vom Herrn Hofrath v. Zeiller, und H. Reg. Rath. Ritter v. Egger. §. 148.

2) A. a. O. §. 58.

ausgebracht wird. — Wenn daher von sieben Stimmenden drey den Kaufpreis auf 1200, zwey auf 1100 und die übrigen zwey auf 1000 fl. festsetzen würden, so wäre nach dieser Ansicht die relative Stimmenmehrheit für 1100 fl., weil dieser Preis den wenigsten mißfällt; denn den Kaufpreis pr. 1200 fl. halten vier der Stimmenden zu hoch, und den pr. 1000 fl. fünf derselben zu niedrig, dagegen sind fünf Stimmende dafür, daß der Kaufpreis pr. 1100 fl. keineswegs zu hoch sey, und vier Stimmende halten ihn auch nicht für zu niedrig. Allein nach dem oben aufgestellten Begriffe von absoluter und relativer Stimmenmehrheit wäre im gesetzten Beyspiele die relative Stimmenmehrheit für den Preis von 1200 fl. Sowohl die absolute als die relative Stimmenmehrheit wird nach dem oben aufgestellten Begriffe immer nach der Anzahl der Personen, die für eine Meinung die Stimme abgeben, berechnet, und der Unterschied besteht nur darin, daß bey der absoluten Stimmenmehrheit mit Rücksicht auf die Gesammtzahl der Stimmenden, die relative dagegen, mit Rücksicht auf die für jede einzelne Meinung vorhandenen Stimmen ausgemittelt wird. — Nach dem oben aufgestellten Begriffe von absoluter und relativer Stimmenmehrheit glaube ich aber, daß hier die relative Stimmenmehrheit genüge. Die Gründe für meine Behauptung sind folgende:

a. Unter Stimmenmehrheit im Allgemeinen, wenn selbe nicht noch mit einem besonderen Beysatze bezeichnet wird, wird gewöhnlich nur die relative Stimmenmehrheit verstanden. — Dieses beweiset der §. 56 der allgemeinen Instruction für die Justizstellen 1. Abth., wo der Vorsitzende angewiesen ist, das Conclusum nach der Stimmenmehrheit zu fassen, in Verbindung mit dem §. 59, aus welchem klar hervorgehet, daß hier nur eine relative Stimmenmehrheit zu verstehen sey. — Das Nähmliche gilt von der Stimmenmehrheit bey Aufstellung eines Massevervalters in Concursfällen, wobey zwar auf den Betrag der Forderungen der stimmenden Gläubiger gesehen wird, jedoch immer nur die relative und nicht die absolute Mehrheit entscheidet.

b. Da Schiedsrichter, wenn ihnen von den Parteyen kein besonderes Verfahren vorgezeichnet worden ist, bey Verwaltung ihres Amtes sich genau nach jenen Vorschriften zu benehmen haben, wie der ordentliche Richter (§. 272 der G. O.), so müßte ohne Zweifel, wenn das Schiedsrichteramt mehreren Personen gemeinschaftlich übertragen würde, hier die relative Stimmenmehrheit entscheiden. — Da nun aber diejenigen, welchen die Bestimmung des Preises überlassen wird, eine ähnliche Function, wie die Schiedsrichter, auszuüben haben, so dürfte auch hier das Nähmliche gelten. Endlich

c. scheinen mir selbst die Worte des gegenwärtigen §. entscheidend für die hier aufgestellte Ansicht zu sprechen. — Denn der Schlußsatz sagt: „Fallen die Stimmen so verschieden aus, daß der Preis nicht einmahl durch wirkliche Mehrheit der Stimmen festgesetzt wird, u. s. w." Da nun eine absolute Stimmenmehrheit viel schwieriger zu erzielen ist, als eine relative, — so würde der Ausdruck „nicht einmahl" hier nicht ganz am rechten Orte angebracht seyn, wenn man unter der Stimmenmehrheit im gegenwärtigen §. eine absolute verstehen sollte.

2) Eben so behaupten Herr Hofrath v. Zeiller und H. Reg. Rath v. Scheidlein, daß der Kauf auch dann nicht für geschlossen zu achten wäre, wenn nur Einer aus den bestimmten Schiedsrichtern keinen Ausspruch thun würde. — Allein ich glaube, daß es in diesem Falle darauf ankomme, ob diese Eine Stimme einen anderen Beschluß zur Folge haben könnte oder nicht. Im ersteren Falle stimme ich dieser Ansicht vollkommen bey; nicht aber im letzteren, wo diese Eine Stimme für keinen Fall entscheidend seyn könnte. — Die Berufung auf den §. 1011, welcher verordnet, daß, wenn mehreren Bevollmächtigten zugleich ein Geschäft aufgetragen wird, die Mitwirkung aller erforderlich sey, scheint mir für den vorliegenden Fall nicht passend zu seyn. — Denn der Grund der gesetzlichen Anordnung des §. 1011 ist offenbar der, weil die Vollführung des Geschäftes anders ausgefallen seyn könnte, wenn dieser Eine auch dabey mitgewirkt haben würde; hier wird aber eben der Fall vorausgesetzt, wo die

Abgabe der mangelnden Stimme an dem Beschlusse keine Aenderung hervorbringen kann. — Es ist zwar bemerkenswerth, daß das preußische Landrecht [1]) sich gleichfalls dahin ausspricht, daß, wenn auch nur Einer der mehreren Schiedsrichter seinen Ausspruch nicht thun kann, oder denselben zu thun beharrlich verweigert, der Kauf für nicht geschlossen zu achten sey; allein es darf dabey nicht übersehen werden, daß dieses Gesetzbuch für den Fall, als keine Stimmen-Einhelligkeit vorhanden ist, eine ganz andere Entscheidung enthält, da es daselbst §. 50 heißt, daß, wenn die mehreren Personen wegen des Ausspruches sich nicht vereinigen, die Summe, welche der Durchschnitt ihrer zusammengerechneten Bestimmungen darstellt, den wahren Kaufpreis ausmache. — Hier sieht man gleich, daß diese Eine Stimme, wenn sie abgegeben würde, den Kaufpreis wahrscheinlich verändern würde.

§. 1058.

Auch der Werth, welcher bey einer früheren Veräußerung bedungen worden ist, kann zur Bestimmung des Preises dienen. Hat man den ordentlichen Marktpreis zu Grunde gelegt, so wird der mittlere Marktpreis des Ortes und der Zeit, wo und in welcher der Vertrag erfüllt werden muß, angenommen.

1) Die dritte und vierte Art der Bestimmung des Kaufpreises beruht auf dem allgemeinen Grundsatze, daß derselbe einem sicheren Maßstabe vorbehalten werde. — Der Werth nähmlich, der bey einer früheren Veräußerung bedungen worden ist, läßt sich, wie der Marktpreis, in der Regel erheben. Sollte der erstere sich nicht erheben lassen, oder wäre bey der früheren Veräußerung kein Preis bedungen, mithin die Sache verschenkt worden; so ist der Kauf ungültig, weil die Bedingung, unter welcher er geschlossen ist, unerfüllt bleibt. Hr. R. R. v. Scheidlein [2]) reihet an diese dritte Art der Bestimmung des Kaufpreises auch noch

1) 1. Th., 11 Tit., §. 31.
2) Am a. O. §. 59.

folgende zwey Fälle an: der erste, wenn der Käufer das in seinem Kasten liegende Geld als Kaufpreis bestimmt, (das Nähmliche muß wohl ohne Zweifel auch dann gelten, wenn der Verkäufer das in seinem Kasten liegende Geld als Verkaufpreis bestimmt), und der zweyte, wenn von demselben, nebst einer gewissen Summe, auch noch diejenige als Kaufpreis bestimmt wird, um welche er die Sache einst höher verkaufen wird, weil in beyden Fällen eine Beschreibung des Werthes gegeben worden ist, vermög welcher über die zu bestimmende Summe kein Zweifel mehr bleibt. Sollte sich im Kasten kein Geld finden, so ist der Kauf unwirksam, und verkauft der Käufer die Sache nicht wieder, oder verkauft er sie nicht höher, so bleibt es bey der bedungenen bestimmten Summe [1]).

2) Wird der ordentliche Marktpreis als Kaufgeld festgesetzt, so ist hierunter der zwischen dem höchsten und niedrigsten mittlere, Preis einer Feilschaft von solcher Beschaffenheit, als der Kaufgegenstand ist, an dem Orte und zu der Zeit, wo und in welcher der Vertrag erfüllt werden muß (§§. 902 u. f. w.), zu verstehen.

§. 1059.

Der Preis darf nicht gesetzwidrig seyn.

Wenn für Waaren eine Taxe besteht, so ist der höhere Preis gesetzwidrig, und der Käufer kann für jede noch so geringe Verletzung die Schadloshaltung bey der politischen Behörde fordern.

1) Gesetzwidrig ist der Kaufpreis in zwey Fällen, erstens, wenn für Waaren eine Taxe besteht, und ein höherer Preis bedungen, zweytens, wenn der Verkäufer oder der Käufer durch den bedungenen Kaufpreis über die Hälfte des wahren Werthes verletzt wird. — Gewisse, meistens zur Befriedigung allgemeiner Bedürfnisse nothwendige Feilschaften, z. B. Rindfleisch, Brot, sind mit einer Taxe belegt. Wird nun ein die Taxe übersteigender Preis bedungen, so ist das Kaufgeschäft

1) Eben so werden die beyden berührten Fälle nach römischem Rechte entschieden. F. 7. §. 1 u. 2. D. XVIII. 1. de contrah. emtione.

darum nicht ungültig, aber der Käufer kann für jede noch so geringe Verletzung Schadloshaltung fordern, d. i. den die Taxe übersteigenden noch so geringen Betrag zurückbegehren.

2) Diese Schadloshaltung muß jedoch bey der politischen Obrigkeit gefordert werden, weil daran liegt, daß die Untersuchung so schnell als möglich geschehe, und der Verkürzte so schnell als möglich geschirmt werde, das Civilverfahren aber diesem Zwecke nicht entsprechen würde. — Ueberdieß zieht ein solcher gesetzwidriger Verkauf auch dem Verkäufer die gleichfalls von der politischen Behörde auszumessende Bestrafung zu. Der erste und zweyte Fall einer Taxüberschreitung, wovon jedoch die Hintangabe einer Waare um einen höheren Preis, als in der Taxordnung festgesetzt ist, nur eine Art ausmachet, wird als Polizey-Vergehen geahndet, und gewöhnlich mit einer Geldstrafe belegt; läßt sich ein Gewerbsmann aber eine solche Taxüberschreitung das dritte Mahl zu Schulden kommen, so wird seine Handlung als eine schwere Polizey-Uebertretung angesehen, und mit dem Gewerbsverluste bestraft [1]). Gegen Apotheker, welche sich einer Ueberschreitung der Arzeneytaxe schuldig machen, wird in den ihren Taxordnungen vorgedruckten Kundmachungs-Verordnungen für die beyden ersten Betretungsfälle eine Geldstrafe von 24 Ducaten verhängt.

§. 1060.

Außer diesem Falle kann der Kauf sowohl von dem Käufer als Verkäufer nur wegen Verletzung über die Hälfte bestritten werden (§§. 934 — 935). Diese Beschwerde findet auch dann Statt, wenn der Ausspruch des Kaufpreises einem Dritten überlassen worden ist.

1) Besteht keine Taxe, so ist der Preis nicht gesetzwidrig, wenn er auch den wahren Werth der Sache, oder der wahre Werth der Sache denselben um ein Nahmhaftes übersteiget; es kann also weder der eine noch der andere Theil hierüber Be-

1) II. Th. des St. G. B. §. 226.

schwerde führen, weil jeder Eigenthümer Herr seiner Sache ist, und es daher auch demselben freysteht, um welchen Preis er dieselbe hintanzugeben bereit sey. Nur dann wird der Preis, ungeachtet keine Taxe besteht, gesetzwidrig, wenn eine Verletzung über die Hälfte vorgegangen ist; und er kann daher in diesem Falle von dem Käufer sowohl, als von dem Verkäufer bestritten werden. Wann eine Verletzung über die Hälfte vorgehe, ist in den §§. 934 u. 935 vorgekommen, daher sich das Gesetz hier lediglich auf diese beyden §§. bezieht.

2) Da hier ein Zweifel entstehen könnte, ob die Beschwerde wegen Verletzung über die Hälfte auch in dem Falle zu gestatten sey, wo beyde Theile den Ausspruch des Kaufpreises einem Dritten überlassen, folglich denselben bereits als einen gerechten und sachverständigen Schiedsrichter anerkannt haben, und zwar um so mehr, als das preußische Landrecht im vorliegenden Falle dieses Rechtsmittel wirklich nicht zuläßt; so hat der Gesetzgeber hier ausdrücklich erkläret, daß die Beschwerde wegen Verletzung über die Hälfte auch im vorliegenden Falle Statt finde.

§. 1061.

Pflichten des Verkäufers.

Der Verkäufer ist schuldig, die Sache bis zur Zeit der Uebergabe sorgfältig zu verwahren, und sie dem Käufer nach eben den Vorschriften zu übergeben, welche oben von dem Tausche (§. 1047) aufgestellt worden sind.

§. 1062.

und des Käufers

Der Käufer hingegen ist verbunden, die Sache sogleich oder zur bedungenen Zeit zu übernehmen, zugleich aber auch das Kaufgeld bar abzuführen; widrigen Falls ist der Verkäufer ihm die Uebergabe der Sache zu verweigern berechtiget.

1) Der Kauf ist im Grunde ein Tausch (in der weiteren Bedeutung §. 1045 Nr. 1), wodurch eine Sache gegen Geld

umgesetzt wird. Die Rechte und Pflichten des Verkäufers und Käufers kommen also mit denjenigen überein, welche den vertragschließenden Theilen aus einem eigentlichen Tauschvertrage beygelegt worden sind. — Besonders gilt diese Bemerkung von dem Verkäufer, da er sich, wie derjenige, der einen Tauschvertrag abschließt, verbindlich macht, dem andern Theile eine Sache zu überlassen, und es ist in dieser Beziehung ganz einerley, ob er hierfür eine andere Sache, oder eine bestimmte Summe als Entgeld bedinget. — Er muß daher den Kaufgegenstand nach eben denselben Vorschriften übergeben, nach welchen ein Tauschgegenstand zu übergeben ist (§. 1047).

2) Andererseits ist aber auch der Käufer verpflichtet, das bestimmte bare Geld (§§. 1054 — 1059), der Verabredung gemäß, entweder sogleich, wenn nähmlich für die Erfüllung des Vertrages keine Zeit bestimmt worden (§. 904), oder in der bedungenen Zeit abzuführen, und den Kaufgegenstand zu übernehmen.

3) In so lange der Käufer den bedungenen Kaufpreis nicht wirklich abgeführt hat, ist ihm der Verkäufer die Uebergabe der Sache zu verweigern berechtigt. — Durch diese gesetzliche Bestimmung wird in Ansehung der Erfüllung der Verbindlichkeit ein kleiner Unterschied zwischen dem Käufer und Verkäufer bemerkbar gemacht. — In so weit nähmlich das Gesetz in Ansehung der Rechte und Verpflichtungen des Käufers und Verkäufers nichts besonders angeordnet hat, gelten die in Ansehung des Tauschvertrages festgesetzten Bestimmungen (Nr. 1). Der Verkäufer, welcher auf die Abfuhr des Kaufgeldes dringen will, hat daher auszuweisen, daß er seine Verbindlichkeit bereits erfüllet habe, oder sie zu erfüllen bereit sey. Hat er auf die im §. 1052. Nr. 2 angedeutete Weise seine Bereitwilligkeit zur Erfüllung werkthätig an den Tag gelegt, so ist der Käufer verbunden, das Kaufgeld abzuführen; der Verkäufer ist aber nach der obigen Vorschrift in so lange zur Uebergabe nicht verpflichtet, bis nicht der Kaufschilling wirklich bar abgeführt ist.

4) Hat aber der Käufer den Kaufschilling bereits entrichtet, so ist der Verkäufer demselben die Sache zu übergeben verpflichtet. Verzögert er die Uebergabe der Sache, so haftet er nach

Maß seines Verschuldens für den dem Käufer verursachten Schaden, und nach Umständen auch für den entgangenen Gewinn. In einem solchen Falle ist auch der Käufer berechtiget den Betrag des ihm zugegangenen Nachtheiles durch seinen Schätzungseid zu erhärten (a. G. O. §. 214 c.). Verweigert er ohne hinreichenden Grund die Annahme des Kaufgeldes, so kann der Käufer dasselbe gerichtlich hinterlegen, und es ist in diesem Falle eben so viel, als wenn er dasselbe an den Verkäufer bar abgeführt hätte (§. 1425). Eben so kann der Verkäufer, wenn der Käufer den Kaufgegenstand zur gehörigen Zeit nicht übernimmt, die stellvertretende Uebergabe auf die im §. 1425 bestimmte Weise vollziehen, und den Ersatz der ihm dadurch verursachten Kösten von dem Käufer ansprechen, und ist letzterer mit dem Kaufgelde säumig, so ist er zu Zögerungszinsen (§. 1333) verbunden. — Selbst der Vorwand einer Gegenforderung berechtigt ihn nicht zur Zurückhaltung des Kaufpreises, sondern nur zur Hinterlegung, und in so fern die in der Gerichtsordnung vorgeschriebenen Bedingungen eintreten, zur Erwirkung des gerichtlichen Verbothes der Auszahlung (§. 471).

§. 1063.

Wird die Sache dem Käufer von dem Verkäufer, ohne das Kaufgeld zu erhalten, übergeben; so ist die Sache auf Borg verkauft, und das Eigenthum derselben geht gleich auf den Käufer über.

1) Ein Kauf kann, wie bereits v. Zeiller bemerkt hat, in zweyfacher Art auf Borg geschlossen werden, entweder ausdrücklich oder stillschweigend. — Ausdrücklich wird er geschlossen, wenn man gleich anfänglich oder späterhin verabredet, daß der Kaufpreis ganz oder zum Theile erst in einer bestimmten Zeit bezahlt werden soll. Dann kann der Käufer, wenn nichts anders bestimmt worden, auf die Uebergabe dringen, obschon er seine Verbindlichkeit, die ihm zu erfüllen noch nicht oblag, zur bestimmten Zeit noch nicht erfüllet hat. Stillschweigend wird der Kaufpreis geborgt, wenn nach geschlossenem Kaufe der Kaufgegenstand dem

Käufer, ohne sogleich die Zahlung zu verlangen, überlassen wird, z. B. wenn ich eine Waare im Kramladen behandle, oder weil der Preis ohnedieß bekannt ist, bloß nur für mich begehre, und sie mit Wissen und Willen des Verkäufers ohne Bezahlung mit mir nehme. — Würde ich die behandelte Waare ohne (ausdrückliche oder stillschweigende) Einwilligung des Verkäufers mit mir nehmen, so könnte er selbe von mir wieder zurückfordern, indem er nicht verbunden ist, mir die Sache vor Bezahlung des Kaufpreises zu übergeben, und daher in der Regel anzunehmen ist, daß er mit die Ueberlassung der Waare in mein Eigenthum nur unter der Bedingung angebothen hat, daß ich früher den bedungenen Kaufpreis entrichte. — Auch wird zur Erwerbung des Eigenthums einer Sache die rechtliche Uebergabe und Uebernahme erfordert (§. 425); dadurch aber, daß mir die Waare zur Einsicht vorgewiesen worden ist, und ich dieselbe ohne Bezahlung eigenmächtig mit mir genommen habe, ist dieselbe noch nicht als rechtlich übergeben anzusehen. Da ich nun aber durch diesen Act noch nicht Eigenthümer der behandelten Sache geworden bin, so steht dem Verkäufer als Eigenthümer noch immer das Recht zu, die ihm eigenthümliche Sache von mir zurückzufordern (§. 366), und da ich mich durch diese Handlung in den Besitz der Waare eingedrungen, oder heimlich eingeschlichen habe; so wäre ich als unechter Besitzer anzusehen, und nach den dießfälligen Vorschriften (§§. 345 u. 346) zu behandeln.

2) Wenn mir ein Kaufmann von mir nicht bestellte Waaren, oder ein Buchhändler neu angekommene Bücher mit dem Preisverzeichnisse zur Einsicht und Auswahl in das Haus sendet, so entsteht die Frage, ob dadurch, daß ich die Waaren oder Bücher zurückbehaltend, mich gegen den Uebersender erkläre, selbe um den angebothenen Preis behalten zu wollen, ein Kauf auf Borg anzunehmen, und ich auch ohne Bezahlung des Kaufpreises mich als Eigenthümer der Waaren oder Bücher anzusehen berechtiget sey? — Diese Frage scheint auf den ersten Anblick bejahend beantwortet werden zu müssen. — Denn indem ich diese Erklärung abgebe, ist der Kaufvertrag abgeschlossen, und die Sache ist mir von dem Verkäufer bereits übergeben worden,

es scheinen daher allerdings die im gegenwärtigen §. vorgeschriebenen Erfordernisse eines Kaufvertrages auf Borg vorhanden zu seyn. — Allein eine sorgfältigere Beachtung der hier zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse gibt sicherlich ein anderes Resultat. — Damit durch die Uebergabe einer Sache das Eigenthum derselben an den Uebernehmer übergehe, ist es nach der Natur der Sache nothwendig, daß dieselbe in der Absicht geschehe, das Eigenthum derselben an den Uebernehmer zu übertragen. — Nun geschah im vorliegenden Falle die Uebergabe nicht zu dem Ende, um dadurch das Eigenthum der Waaren oder Bücher an mich zu übertragen, sondern sie hatte lediglich den Zweck, mich durch die Einsichtnahme derselben zur Abgabe der Erklärung, ob ich dieselben um den angebothenen Preis an mich zu bringen Willens sey, zu bestimmen. — Durch die Uebergabe bin ich lediglich Inhaber der übergebenen Sachen geworden, und ich bin nicht befugt, den Grund meiner Gewahrsame eigenmächtig zu verwechseln (§. 319), sondern es muß, um das Eigenthum der übergebenen, obschon bereits behandelten Sachen zu erlangen, die Erklärung des Eigenthümers hinzutreten, daß ich diese Sachen, welche ich bisher ohne ein Eigenthumsrecht darauf zu haben, inne hatte, künftig als Eigenthum besitzen solle (§. 428). — Erst durch diese Erklärung sind die Sachen (zum Behufe der Erwerbung des Eigenthums) als rechtlich übergeben zu achten. — Der Verkäufer macht sich in der Regel nur anheischig den Kaufgegenstand dann an den Käufer als Eigenthum übertragen zu wollen, wenn er den Kaufpreis dafür entrichtet haben wird; es ist daher ohne ausdrückliche oder aus concludirenden Handlungen zu entnehmende anderweitige Erklärung der Uebersendung der Waaren zur Einsicht und Auswahl der Sinn beyzulegen, als ob der Uebersender dabey sich folgender Gestalt ausgesprochen hätte: „Die hier übersendeten Waaren verspreche ich dir nach barer Berichtigung des im beyliegenden Tariffe festgesetzten Preises als Eigenthum zu überlassen." Durch diese Erklärung ist aber ein Kauf auf Borg nicht begründet. — Ein ähnlicher Fall mit diesem, und sohin auch auf gleiche Weise zu entscheiden, wäre, wenn ich eine fremde Sache als Verwahrer

oder Entlehner in meiner Gewahrsame hätte, und der Eigenthümer mir diese Sache um einen bestimmten Preis zum Kaufe anbiethen würde. — Daß in manchen Fällen die zur Erwerbung des Eigenthums nöthige Uebergabe öfters dem Vertrage vorausgehen könne, wurde bereits bey Erläuterung des §. 425 Nr. 6 bemerkt, daher sich hier darauf berufen wird.

3) Aus dem bereits Gesagten gehet hervor, daß das österreichische Gesetzbuch eigentlich zweyerley Arten von Kaufverträgen anerkenne. Der eine, den wir den gemeinen Kaufvertrag nennen wollen, und der auch im Leben am gewöhnlichsten vorkömmt, ist vorhanden, wenn der Verkäufer den Kaufgegenstand nur nach Abführung des bestimmten Kaufgeldes in das Eigenthum des Käufers zu übertragen erkläret; der andere, nähmlich der Borgvertrag, kömmt zu Stande, wenn der Verkäufer sich verbindlich macht den Kaufgegenstand dem Käufer unbedingt in das Eigenthum zu überlassen, wogegen sich der Käufer verpflichtet, nach Empfang desselben den bedungenen Kaufpreis abzuführen. — Ich befürchte hier den Vorwurf, daß ich von der Erklärung eines Kaufvertrages auf Borg, wie sie in dem gegenwärtigen §. gegeben wird, abgewichen bin, indem derselbe den Kauf auf Borg nur dann abgeschlossen erkläret, wenn die Sache dem Käufer von dem Verkäufer, ohne das Kaufgeld zu erhalten, wirklich übergeben wird. — Allein der Kaufvertrag ist überhaupt nur ein Consensual-Vertrag, welcher lediglich durch den übereinstimmenden Willen beyder Contrahenten zu Stande kömmt, und die wirkliche Uebergabe gehört daher nur zur Realisirung, und nicht zur Wesenheit des Kaufvertrages selbst. Der Kauf auf Borg ist bloß eine Species des Kaufvertrages überhaupt, und hat die wesentlichen Eigenschaften mit demselben gemein; er ist daher ebenfalls nur ein Consensual-Vertrag, bey welchem die Uebergabe nicht zur Wesenheit des Vertrages selbst, sondern lediglich zur Erfüllung desselben gehört. Es muß daher auch der Unterschied zwischen dem gemeinen Kaufvertrage und dem Kaufe auf Borg in dem übereinstimmenden Willen der Contrahenten gegründet seyn. — Der Sinn des gegenwärtigen §. gehet daher offenbar nicht auch dahin, als ob zur Wesenheit des

Kaufes auf Borg die Uebergabe des Kaufgegenstandes selbst erforderlich wäre, sondern der §. sieht lediglich die Uebergabe des Kaufgegenstandes vor Abführung des Kaufgeldes als einen Beweis der gegenseitigen Willensübereinstimmung an, daß das Eigenthum der Sache sogleich und noch vor Abführung des Kaufpreises an den Käufer übergehen solle. — Die Folgen, ob der Kaufvertrag ein gemeiner oder ein Kauf auf Borg sey, sind nicht unwichtig. Denn bey dem gemeinen Kaufe kann der Verkäufer nicht eher zur Uebergabe der Sache verhalten werden, bis der Käufer nicht das Kaufgeld bar abgeführet hat; bey dem Kaufe auf Borg aber kann er dieses allerdings. — Ist es gewiß, daß die Sache auf Borg verkauft ist, und befindet sich der Käufer ohnedieß zufälliger Weise in der Innehabung derselben; so liegt in dem Kaufvertrage selbst schon die Erklärung, daß der Käufer die gekaufte Sache sogleich nach der Annahme des Versprechens als Eigenthum behalten könne. Noch wichtiger sind die Folgen der Frage, ob der Kaufvertrag auf Borg als wirklich abgeschlossen anzusehen sey oder nicht. Denn ist der Kauf auf Borg wirklich abgeschlossen, so kann weder der eine noch der andere Theil zurück treten, das Eigenthum geht durch die Uebergabe auf den Käufer über, und dem Verkäufer bleibt nur eine persönliche Forderung aus dem Borgvertrage. Vor vollendetem Kaufe auf Borg kann der eine oder andere Theil zurücktreten, der Verkäufer bleibt Eigenthümer der Sache, wenn sie auch bereits schon in die Macht und Gewahrsame des andern Theiles gestellt wäre, und er kann sie entweder mit der Eigenthums- (§. 366) oder auch der Besitzes-Klage zurückfordern (§. 346).

4) Aus der angeführten Bemerkung, daß das Gesetz zweyerley Arten von Kaufverträgen kenne, nähmlich den gemeinen Kauf, und den Kauf auf Borg — folgt, daß die Uebergabe der verkauften Sache an den Käufer sowohl eine Folge des einen oder andern Kaufvertrages seyn könne. Wird die Sache von dem Verkäufer in Folge eines gemeinen Kaufvertrages übergeben, so liegt in der Uebergabe der Beweis des bereits entrichteten Kaufgeldes, weil, wenn die Sache vor Entrichtung des Kaufpreises übergeben würde, die Sache auf Borg verkauft anzusehen wäre. — Diese

Bemerkung soll zur Grundlage der in der österreichischen Rechtspraxis vielfach entstandenen Streitfrage dienen, ob und in wie fern der Käufer den Beweis der Bezahlung des Kaufschillings nach vollzogener Uebergabe des Kaufgegenstandes zu führen habe [1])? Wenn der Verkäufer nach vollzogener Uebergabe der verkauften Sache, von dem Käufer die Bezahlung des Kaufschillings fordert, so liegt dieser Forderung offenbar die Behauptung zu Grunde, daß ein Kauf auf Borg geschlossen worden sey; denn wäre ein gemeiner Kauf geschlossen, so würde eben in der Uebergabe der Sache der Beweis des bezahlten Kaufschillings liegen. — Nun muß aber derjenige, welcher in einem Rechtsstreite ein Factum anführet, folglich auch unter mehreren Arten der in dem Gesetze besonders ausgezeichneten Verträgen eine derselben behauptet, oder als factischen Grund seiner Klage oder Einrede anführet, denselben erweisen (§. 104 der G. O.). Aus gleichem Grunde müßte der Käufer, wenn er z. B. die Ungültigkeit des Kaufvertrages behauptete, und die Zurückzahlung des erlegten Kaufschillings forderte, erweisen, daß er das Kaufgeld an den Verkäufer bereits entrichtet habe.

§. 1064.

Gefahr und Nutzen des Kaufgegenstandes.

In Rücksicht der Gefahr und Nutzungen einer zwar gekauften, aber noch nicht übergebenen Sache gelten die nähmlichen Vorschriften, die bey dem Tauschvertrage gegeben worden sind (§§. 1048 — 1051).

1) „Unstreitig müssen," sagt v. Zeiller in seinem Commentare, „in einem Kauf- so wie in einem Tauschgeschäfte (§. 1047) beyde Theile einander für den durch Verschulden verursachten Schaden, oder wohl auch für den dadurch entgangenen Gewinn haften. Unstreitig trifft den Verkäufer nach erfolgter Uebergabe des Kaufpreises in Rücksicht desselben Gefahr und Nutzen, weil

1) Vergleiche den in dem 1. Bande der Materialien des Herrn Vicepräsidenten Ritter von Pratobevera erzählten Civilrechtsfall sammt den beygerückten Bemerkungen.

er bereits Eigenthümer davon geworden ist, und eben so trifft beydes aus dem nähmlichen Grunde den Käufer in Rücksicht des ihm bereits übergebenen Kaufgegenstandes, wenn anders die Uebergabe mittelst des schon abgeschlossenen Kaufes, und der schon geleisteten oder geborgten Zahlung geschehen ist. Außer dem bleibt das Eigenthum der Sache, mithin Gefahr und Nutzen, bey dem Verkäufer." Ueberhaupt ist sich auch bey Beurtheilung der aus dem Kaufvertrage für beyde Contrahenten entspringenden Rechtsverhältnisse alles dasjenige vor Augen zu halten, was ich in dem §. 1047. in Ansehung der Tauschverträge bemerkt habe.

2) An dem Kaufpreise kann vor der Uebergabe eine Gefahr (Vernichtung, Verschlimmerung oder ein Verlust) sich nur in einigen, weiter unten vorkommenden, seltenen Fällen ereignen; denn der Kaufpreis ist zwar der Summe oder der Art (des Geldes und der Münzsorten) nach, aber nicht individuell bestimmt [1]). Wäre dem Käufer auch erst nach bedungener Zahlungsfrist das Geld, welches er zur Zahlung zusammen gerichtet hatte, oder all sein Geld in Verlust gerathen; so muß er doch den Kaufpreis zahlen, und kann nicht behaupten, daß der Kaufpreis zufällig in Verlust gerathen sey, weil er ihn eben nicht mit diesem bestimmten Gelde zu zahlen hatte, sondern mit barem Gelde überhaupt; eine ganze Gattung oder Art von Dingen aber unterliegt keiner Vernichtung oder Verschlimmerung [2]). Daß in dem Falle, als der Käufer nach Verlauf der bedungenen Frist wegen Abwesenheit des Verkäufers, oder aus anderen wichtigen Gründen sich zur gerichtlichen Hinterlegung des Kaufschillings genöthigt sieht, der Verkäufer den zufälligen Verlust des erlegten Kaufschillings tragen müsse, ist, da hier die Depositirung die Stelle der Zahlung vertritt, nicht einmahl als eine Ausnahme von der obigen Behauptung anzusehen. — Daß es indessen doch Fälle geben könne, wo in dem Kaufpreise selbst, der in einer bestimmten Gattung Geldes oder Münzsorten bestehen kann, eine Verschlimmerung vorgehe, hat eben das

1) Wäre er individuell bestimmt, so wäre ein Tauschvertrag vorhanden.
2) Siehe v. Zeillers Commentar §. 1064. N. 2.

höchste Finanzpatent vom 20. Hornung 1811 bewiesen, dessen vorzügliche Bestimmungen in dieser Hinsicht bey Erläuterung des §. 1055 aufgeführt worden sind. — Eine solche Veränderung in dem Kaufpreise gehet überhaupt in allen jenen Fällen vor, wo der Kaufpreis in einer bestimmten Gattung Geldes, in besonderen Münzsorten bedungen worden ist, und entweder durch das Gesetz, oder die Zeitverhältnisse in denselben eine Aenderung vorgenommen wird. Für solche Fälle gilt ohne Zweifel das Nähmliche, was bey Erläuterung der §§. 988 u. 989 bemerkt worden ist.

3) Da bey dem Kaufvertrage die nähmlichen Gründe vorhanden sind, aus welchen der Gesetzgeber bewogen wurde, die bey dem Tauschvertrage in Ansehung der Gefahr und Nutzungen in den §§. 1048 — 1051 aufgeführten Bestimmungen zu erlassen; so verfügt hier das Gesetz, daß alle in den erwähnten §§. aufgeführten Vorschriften auch auf die Kaufverträge anzuwenden seyn; daher ich mich auch hier der Kürze wegen auf die Erläuterung dieser §§. beziehe. — Nur glaube ich folgende Bemerkung besonders anreihen zu müssen. — Dem Käufer gebühren nach diesen Vorschriften die Nutzungen der gekauften Sache von der bedungenen Zeit der Uebergabe; was gebührt aber hierfür dem Verkäufer? Auf diese Frage muß geantwortet werden: die Nutzungen des Kaufschillings. Worin bestehen aber dieselben? Wirkliche Nutzungen einer nicht ihrem Individium, sondern nur ihrer Gattung nach bestimmten Sache lassen sich nun nicht denken; und es ist möglich, daß der Käufer das Kaufgeld bereits hergerichtet und unfruchtbringend in seinem Kasten verwahret hat. — Man kann also hier nicht die wirklichen, sondern nur die möglichen Nutzungen dem Verkäufer zuerkennen. Diese bestehen aber in den Zinsen. — In welchem Betrage kann sie der Verkäufer fordern? — Obschon diese Zinsen als keine eigentlichen Zögerungszinsen angesehen werden können, da die Nutzungen der vertauschten Sache von der Zeit der zu vollziehenden Uebergabe an den tauschenden Parteyen ohne Unterschied, ob durch das Verschulden des einen oder anderen Contrahenten die Uebergabe nicht zu Stande gekommen ist, gebühren;

so glaube ich doch, daß von dem Verkäufer nicht mehr als vier von Hundert in Anspruch genommen werden können, weil diese Zinsen dem Verkäufer nicht durch Vertrag ausdrücklich zugesichert worden sind, sondern demselben nur aus dem Gesetze gebühren (§. 995).

§. 1065.

Kauf einer gehofften Sache.

Wenn Sachen, die noch zu erwarten stehen, gekauft werden; so sind die in dem Hauptstücke von gewagten Geschäften gegebenen Anordnungen anzuwenden.

Wenn Sachen, die noch zu erwarten stehen, in der Art gekauft werden, daß man nach Maß einer zu empfangenden Erzielung das Kaufgeld verspricht, z. B. 10 fl. für den Metzen Weitzen heuriger Fechsung; so kömmt dadurch ein ordentlicher Kaufvertrag zu Stande, und es sind sohin die aus demselben für die Contrahenten hervorgehenden Rechte und Verbindlichkeiten nach den hier erörterten Vorschriften zu beurtheilen. Wer dagegen die künftigen Nutzungen einer Sache in Pausch und Bogen, oder wer die bloße Hoffnung, daß er unter einer zufälligen Bedingung von dem Andern etwas erhalten werde (z. B. eines Fischzuges), verbunden mit der Gefahr, auch wenig oder gar nichts zu bekommen, kaufet, der schließt einen Glücksvertrag, und die aus demselben für die Pasciscenten hervorgehenden Rechte und Verbindlichkeiten sind nach den in dem neun und zwanzigsten Hauptstücke enthaltenen Bestimmungen zu beurtheilen (§§. 1275 u. 1276).

§. 1066.

Allgemeine Vorschrift.

In allen bey einem Kaufvertrage vorkommenden Fällen, welche in dem Gesetze nicht ausdrücklich entschieden werden, sind die in dem Hauptstücke von den Verträgen überhaupt, und

von dem Tauschvertrage insbesondere aufgestellten Vorschriften anzuwenden.

Daß die allgemeinen Vorschriften über Verträge überhaupt auch auf Kaufverträge in Anwendung gebracht werden müssen, ist einleuchtend. — Da übrigens ein Kauf im weiteren Sinne des Wortes gleichfalls nichts anders als ein Tausch ist, so sind auch die insbesondere für Tauschverträge aufgestellten Vorschriften auf Kaufverträge anzuwenden.

§. 1067.

Besondere Arten oder Nebenverträge eines Kaufvertrages.

Besondere Arten oder Nebenverträge eines Kaufvertrages sind: der Vorbehalt des Wiederkaufes, des Rückverkaufes, des Vorkaufes; der Verkauf auf die Probe; der Verkauf mit Vorbehalt eines besseren Käufers, und der Verkaufsauftrag.

Der Kaufvertrag kann unter verschiedenen Modificationen abgeschlossen werden. Die gewöhnlicheren werden hier von dem Gesetze besonders ausgehoben, und mit bestimmten Benennungen bezeichnet.

§. 1068.

Verkauf mit Vorbehalt des Wiederkaufes.

Das Recht eine verkaufte Sache wieder einzulösen, heißt das Recht des Wiederkaufes. Ist dieses Recht dem Verkäufer überhaupt und ohne nähere Bestimmung eingeräumt, so wird von einer Seite das Kaufstück in einem nicht verschlimmerten Zustande, von der andern Seite aber das erlegte Kaufgeld zurück gegeben; und die inzwischen beyderseits aus der Sache gezogenen Nutzungen bleiben gegen einander aufgehoben.

1) Den Vorbehalt des Wiederkaufes, macht, wie v. Zeiller bemerkt, ein Verkäufer, wenn er z. B. seine Sachen in

einer Geldverlegenheit, oder wegen Veränderung seines Wohnsitzes, hintan gibt, in der Hoffnung, nach einiger Zeit seine Vermögens-Umstände zu verbessern, oder an den nähmlichen Ort zurückzukehren. Der Käufer macht sich dadurch verbindlich, die erkaufte Sache dem Verkäufer zur bestimmten Zeit oder bey Eintreffen der gesetzten Bedingung, z. B. bey seiner Rückkehr in den früheren Wohnsitz, auf sein Verlangen gegen Rückvergütung des bezahlten Kaufschillings im unverschlimmerten Zustande wieder zu überlassen. — Ich sage auf Verlangen des Verkäufers; weil nur diesem und nicht auch dem Käufer durch diesen Vertrag das Recht eingeräumet wird, bey dem Eintritte des bestimmten Zeitpunctes oder der Bedingung die Sache dem Käufer wieder abzufordern. Sollte auch dem Käufer dieses Recht zustehen, so müßte dasselbe besonders bedungen werden (§. 1071). Ist daher ein Kaufvertrag mit Vorbehalt des Wiederkaufes abgeschlossen worden, so bekommt der Käufer nur ein widerrufliches Eigenthum, welches der Verkäufer nach einer bestimmten Zeit oder nach einer eintretenden Bedingung wieder an sich lösen kann.

2) Ueber die Rechte, welche in einem solchen Falle dem Käufer der Sache zustehen, äußert sich Herr Regierungsrath v. Scheidlein [1]) folgender Gestalt: „Man kann nähmlich annehmen, daß dem Käufer, bis er nach verstrichener Zeit, auf welche der Verkäufer sich den Wiederkauf vorbehalten hat, oder bis es sich zeigt, daß die Bedingung, unter welcher dieser sich den Wiederkauf vorbehalten hat, nicht zur Wirklichkeit gelangt sey, unwiderruflicher Eigenthümer der Sache wird, die Rechte und Pflichten eines Fruchtnießers zukommen; er also, ohne über die Substanz der Sache verfügen zu können, alle Nutzungen aus derselben zu ziehen berechtiget sey, aber auch alle der Sache anklebende ordentliche und außerordentliche Lasten zu tragen habe. — Denn da nach Maßgabe des §. 708 derjenige, welcher eine Erbschaft unter einer auflösenden Bedingung erhält, gegen den, welchem sie bey dem Eintritte der Bedingung zufällt, eben dieselben Rechte und Verbindlichkeiten hat, die einem Er-

1) In seiner Abhandlung über den Kaufsvertrag 2. Abth. §. 103.

ben gegen den fideicommissarischen Substituten zukommen, und vermög des §. 613 einem Erben gegen den fideicommissarischen Substituten die Rechte und Verbindlichkeiten eines Fruchtnießers zukommen, der §. 897 aber verordnet, daß die Vorschriften, welche über die den Erklärungen des letzten Willens beygesetzten Bedingungen aufgestellt worden sind, auch in Ansehung der Bedingungen bey Verträgen gelten; so folgt, daß die Vorschrift des §. 613 auch auf den Verkauf mit Vorbehalt des Wiederkaufes, anzuwenden sey. — Macht der Verkäufer von dem Vorbehalte des Wiederkaufes Gebrauch, so kommt es von dem Kaufvertrage ab, und der Käufer ist dem Verkäufer die Sache, ohne daß es nöthig ist, einen neuen Kaufvertrag zu errichten, zurückzustellen verbunden, weil das auf den Käufer übertragene eingeschränkte Eigenthum in dem Augenblicke aufhört, als der Vorbehalt des Wiederkaufes geltend gemacht wird."

3) Dieses Raisonnement geht von einer Ansicht aus, die zwar auch Herr Hofrath v. Zeiller in seinem Commentare äußert, die mir aber keineswegs richtig zu seyn scheint, nähmlich: daß der Vorbehalt des Wiederkaufes als eine auflösende Bedingung anzusehen sey; denn nach der Erklärung, welche der §. 696 von einer Bedingung gibt, ist selbe eine Ereignung, von welcher ein Recht abhängig gemacht wird. — Nun ist der Vorbehalt des Wiederkaufes entweder für eine bestimmte Zeit, oder für den Fall des Eintreffens einer gewissen Ereignung z. B. den der Wiederkehr, festgesetzt. — In beyden Fällen ist zwar nach obiger Erklärung eine Bedingung vorhanden, aber eine aufschiebende, weil das Recht des Verkäufers die verkaufte Sache wieder an sich zu lösen, von der festgesetzten Ereignung abhängig gemacht wird [1]). Allein die Ausführung eines dem Verkäufer bedingt zugestandenen Rechtes nach eingetroffener Bedingung kann keineswegs als eine Ereignung angesehen werden, mit welcher der Verlust eines Rechtes in Verbindung gesetzt wird. — Bey einer auflösenden Bedingung geht mit dem Eintreffen der Ereignung das übertragene Recht eo ipso verloren; während hier das Eintreffen der Ereignung oder des be-

1) §. 696.

stimmten Zeitpunctes dem Verkäufer nur ein persönliches Recht gegen den Käufer gibt, die Ueberlassung der Sache gegen Entrichtung des bestimmten Preises zu fordern. — Der Vorbehalt des Wiederkaufes ist vielmehr als eine für den Käufer verbindliche Verabredung anzusehen, künftig einen Kaufvertrag um die nähmliche Sache abschließen zu wollen, bey welchem der gegenwärtige Käufer als Verkäufer, und dieser als Käufer einzutreten hat (§. 936). Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich aus folgender Betrachtung: Gesetzt A verkaufe sein Haus dem B um den Kaufschilling von 10000 fl. — Nun äußere C den Wunsch, dieses Haus für den Fall, als er seinen Wohnsitz an diesem Orte aufschlagen würde, zu besitzen. Nun macht sich B gegen den C verbindlich, ihm für diesen Fall das erkaufte Haus um 10000 fl. abzutreten. — Würde man wohl hier von einer auflösenden Bedingung sprechen? — und würde man wohl einen Anstand nehmen, diese Verabredung nach der Vorschrift des §. 936 zu beurtheilen? wird aber dadurch die Natur dieser Verabredung geändert, daß der Verkäufer selbst es ist, der diese Verabredung als eine weitere Bestimmung des Kaufvertrages anfügt?

4) Die practische Wichtigkeit dieser verschiedenartigen Grundansichten ergibt sich aus den daraus hervorgehenden Folgen. Aus der gegentheiligen Ansicht ginge nähmlich ganz consequent hervor, daß der Käufer die Rechte und Pflichten eines Fruchtnießers übernehme. — Wäre nun aber dieses richtig, so müßte man auch behaupten, daß in dem Falle, als der Verkäufer das Wiederkaufsrecht geltend macht, und sich daher die Fruchtnießung des Käufers endiget, der erstere dem letzteren die auf die Erzielung der noch stehenden Früchte verwendeten Kosten ersetzen müsse; dann daß die anderen Nutzungen zwischen dem Verkäufer und Käufer nach Maß der Dauer der Fruchtnießung getheilt werden müssen (§. 519). Allein die erstere Behauptung kann nur für den bestimmten Fall als richtig angenommen werden, wenn der Verkäufer dem Käufer die Sache ohne stehende Früchte übergeben hätte; indem in diesem Falle das Kaufstück als aus dem Seinigen des Käufers verbessert anzusehen wäre (§. 1069); die Letztere würde aber dem Inhalte des gegenwärtigen §. förmlich

widersprechen, daß die in der Zwischenzeit beyderseits aus dem Gelde und der Sache gezogenen Nutzungen gegeneinander aufgehoben bleiben.

5) Aus der oben Nr. 3 aufgestellten Ansicht geht die weitere Folge hervor, daß, wenn die Zeit, wann dieses Wiederkaufsrecht ausgeübt werden könne, auf keine Art und Weise bestimmt ist, dieser Nebenvertrag als unwirksam angesehen werden müsse (§. 936). Ferner, daß dieses Recht der Wiedereinlösung erlösche, wenn auf die Vollziehung dieser Zusage längstens in einem Jahre nach dem bedungenen Zeitpuncte z. B. nach der Wiederkehr in nähmlichen Ort, nicht gedrungen wird (Eod.).

6) Eine weitere Verschiedenheit in den practischen Folgen der oben aufgestellten Ansichten zeigt sich darin: Wird die Geltendmachung des Rechtes des Wiederkaufes als eine auflösende Bedingung angesehen, so ist der Käufer auch ohne Abschließung eines neuen Kaufvertrages verbunden, das Kaufstück gegen Rückvergütung des ausgelegten Kaufschillings zurückzustellen, was auch v. Scheidlein in der oben Nr. 2 angeführten Stelle wirklich behauptet, woraus sich die weitere Folge ergibt, daß, wenn der Käufer das Kaufstück aus dem Seinigen verbessert, oder zu dessen Erhaltung außerordentliche Kosten verwendet hat, in welchem Falle er nach dem Gesetze den Ersatz zu fordern berechtiget ist (§. 1069), er dieses sein Recht mit einer eigenen Klage zu verfolgen gezwungen ist; dagegen kann er nach der Nr. 3 aufgestellten Ansicht verlangen, daß ein neuer Kaufvertrag zwischen ihnen beyden errichtet, und der Vergütungsbetrag zum früheren Kaufschillinge hinzugeschlagen werde, und er kann, bis diese Angelegenheit nicht in Richtigkeit gestellt ist, die Uebergabe des Kaufstückes verweigern. Diese Behauptung scheint auch der Natur der Sache mehr zu entsprechen; denn durch das Recht des Wiederkaufes ist dem Verkäufer lediglich das Recht vorbehalten, das Kaufstück seiner Zeit wieder einzulösen; d. i. sohin das Kaufstück gegen Entrichtung eines bestimmten Preises an sich zu bringen. Dieser Preis besteht aber in dem Falle, wenn der Käufer das Kaufstück aus dem Seinigen verbessert, oder zu dessen Erhaltung außerordentliche Kosten verwendet hat,

nicht nur in dem empfangenen (oder bedungenen) Kaufschillinge, sondern auch in dem Betrage der von dem Käufer zu den letzteren Zwecken gemachten Auslagen; es muß also früher, als der Verkäufer auf Rückstellung der Sache dringen kann, dieser Wiederablösungspreis genau bestimmt werden.

7) Das Entgeld der Einlösung kann übrigens, wie bereits Hr. Hofrath v. Zeiller bemerkt hat, größer oder geringer, als das empfangene war, oder nach dem Werthe, den die Sache zur Zeit der Einlösung haben wird, bedungen werden. Nur wenn hierüber nichts festgesetzt worden ist, wird vermuthet, daß der Wiederkauf den vorigen Zustand herstellen, folglich der vorige Verkäufer, nun als Käufer, seine Sache unbeschädigt und unvermindert, der vorige Käufer aber, nun als Verkäufer, sein Kaufgeld zurück erhalten soll. Um jedoch den vorigen Zustand ganz herzustellen, sollte der Käufer die aus der Sache, und der Verkäufer, die aus dem Gelde inzwischen gezogenen Nutzungen zurückstellen. Allein einerseits wird hier angenommen, daß die beyderseitigen Nutzungen sich einander gleich stehen, andererseits wird ja dadurch das dem Käufer wirklich übertragene Eigenthumsrecht nicht annulliret, und es können daher auch die von ihm inzwischen als Eigenthümer bezogenen Nutzungen für ihn nicht verloren gehen. Der Zweck des Wiederkaufes ist nicht, den früheren Kaufvertrag zu zernichten, sondern der Verkäufer will sich nur die Substanz der Sache erhalten wissen, um dieselbe wieder an sich bringen zu können.

§. 1069.

Hat der Käufer das Kaufstück aus dem Seinigen verbessert, oder zu dessen Erhaltung außerordentliche Kosten verwendet; so gebührt ihm, gleich einem redlichen Besitzer, der Ersatz; er haftet aber auch dafür, wenn durch sein Verschulden der Werth verändert, oder die Zurückgabe vereitelt worden ist.

1) Der Verkäufer kann bey Ausübung des Rückkaufes nur verlangen, daß er den Kaufgegenstand mit dem Zugehöre eben so

zurückerhalte, als wenn kein Kauf geschlossen worden wäre; er kann aber nicht verlangen, sich auf Kosten des Käufers zu bereichern. — Hat also der Käufer während der Zeit, als ihm das beschränkte Eigenthumsrecht zustand, zur Vermehrung noch fortdauernder Nutzungen einen nützlichen oder zur Erhaltung einen außerordentlichen (mit der zeitlichen Benutzung in keinem Verhältnisse stehenden) nothwendigen Geld- oder Kraftaufwand gemacht; so muß ihn der Verkäufer bey der Einlösung eben so ersetzen, wie der Eigenthümer dem redlichen Besitzer (§. 331), nähmlich nach dem gegenwärtigen Werthe, in so fern er den wirklich gemachten Aufwand nicht übersteigt. — Von dem Aufwande, welcher nur zum Vergnügen oder zur Verschönerung gemacht worden ist, wird nur so viel ersetzt, als die Sache dem gemeinen Werthe nach wirklich gewonnen hat; jedoch kann der Käufer alles für sich wegnehmen, was davon ohne Schaden der Substanz weggenommen werden kann (§. 332). Für einen natürlichen und zufälligen Schaden (§§. 1305 — 1313) ist er keinen Ersatz schuldig.

2) Ist die Sache inzwischen *durch Verschulden* des Käufers verschlimmert, und darum der *Werth* derselben verringert worden, oder ist sie durch sein Verschulden gänzlich zu Grunde gegangen, und darum die *Zurückgabe vereitelt* worden; so haftet er dafür, weil er sich durch die Einräumung des Wiederkaufrechtes verbindlich machte, die Sache in einem nicht verschlimmerten Zustande zurückzugeben. Herr Reg. Rath v. Scheidlein [1]) sagt: „der Käufer sey in diesem Falle verbunden, den sich bey der Zurückgabe zeigenden Abgang an dem Werthe, den die Sache zur Zeit der Uebergabe hatte, oder das, was dem Verkäufer daran liegt, daß die Zurückgabe vereitelt worden ist, zu ersetzen. Der Werth, den die Sache zur Zeit der Uebergabe hatte, sey der zwischen dem Käufer und Verkäufer verabredete Kaufpreis; der Werth, den die Sache zur Zeit der Zurückgabe hat, müsse von Sachverständigen mittelst einer Schätzung erhoben werden. Ist diese Schätzung vorgenommen worden, so sey

1) A. a. O. §. 110.

die Summe des jetzigen Werthes von der Summe des ehemahligen abzuziehen, und die übrig bleibende Summe sey der Abgang am Werthe." — Allein es ist nicht schwer zu zeigen, daß diese Behauptung irrig sey; denn es ist ja möglich, daß der Kaufpreis, um welchen Käufer und Verkäufer einig geworden sind, entweder mehr oder weniger als der wahre Werth der Sache betrage, und es beweiset die Lehre von der Schadloshaltung wegen Verletzung über die Hälfte, daß der Preis, um welchen die Parteyen einig geworden sind, von dem Gesetze keineswegs als der wahre Werth der Sache angesehen werde. Aus eben diesem Grunde kann auch die Differenz des durch die Sachverständigen ausgemittelten Werthes des Kaufstückes, den es zur Zeit der Zurückgabe hat, von dem Betrage des verabredeten Kaufpreises nicht den wahren Betrag des Schadens ausmachen, der im Falle einer Verschlechterung der Sache von dem Käufer zu ersetzen ist. — Es ist bey Erläuterung des vorigen §. Nr. 1 bemerkt worden, daß der Vorbehalt des Wiederkaufes gewöhnlich in einer Geldverlegenheit, oder wegen Veränderung des Wohnsitzes, also immer in einer gewissen Zwangslage, die Sache zu veräußern, gemacht zu werden pflege, in welcher Lage man gewöhnlich die Sache unter dem wahren Preise herzugeben sich genöthiget sieht, und der Vorbehalt des Wiederkaufes hat gerade den Zweck, den daraus entstehenden Schaden sich seiner Zeit wieder durch die Rückeinlösung möglichst zu vergüten. — Wird nun aber die Sache unter dem wahren Preise, z. B. eine Sache, die 12000 fl. werth ist, um 10000 fl. hintangegeben, und der Käufer läßt einen Theil, der 2000 fl. werth ist, zu Grunde gehen; so hätte er nach obiger Behauptung keine Vergütung zu leisten, weil die Sachverständigen den Werth, den das Kaufstück bey der Zurückgabe hat, noch immer auf 10000 fl. schätzen werden; folglich zwischen dem Kaufpreise und dem Werthe der Sache bey der Uebergabe keine Differenz vorhanden ist. — Ich glaube also, daß in einem solchen Falle lediglich den Kunstverständigen überlassen werden müsse, wie sie den Betrag des Schadens, der dem Verkäufer durch diese Verschlimmerung zugegangen ist, auszumitteln finden.

3) Aus dem Inhalte des gegenwärtigen §. gehet aber auch hervor, daß, ungeachtet der §. 1068 sich ganz allgemein dahin ausdrückt, daß die Sache in einem nicht verschlimmerten Zustande zurückgegeben werden müsse, der Käufer doch für die inzwischen durch Zufall entstandenen Verschlimmerungen nicht hafte. Wenn also der Verkäufer dessenungeachtet das Recht des Wiederkaufes ausüben will, so muß er sich gefallen lassen die Sache in dem Zustande, in welchem sie sich befindet, zu übernehmen.

§. 1070.

Der Vorbehalt des Wiederkaufes findet nur bey unbeweglichen Sachen Statt, und gebührt dem Verkäufer nur für seine Lebenszeit. Er kann sein Recht weder auf die Erben, noch auf einen Andern übertragen, und zum Nachtheile eines Dritten nur in so fern ausüben, als es den öffentlichen Büchern einverleibt ist.

1) Das Recht des Wiederkaufes ist von der neueren Gesetzgebung sowohl in Bezug auf den Gegenstand, als auf die Dauer desselben sehr beschränkt worden[1]). Es findet nähmlich nur bey unbeweglichen Sachen Statt, und ist höchst persönlich, da der Verkäufer dasselbe weder bey seinem Lebzeiten an einen Dritten, noch nach seinem Tode auf seine Erben übertragen kann. Als Grund dieser gesetzlichen Beschränkungen führt Herr Hofrath v. Zeiller theils das Besorgniß häufiger, aus einem unbeschränkten Vorbehalte des Wiederkaufes entspringender, dunkler Streitigkeiten, theils die Sicherheit des Verkehres, welche hauptsächlich durch einen solchen Vorbehalt in beweglichen Sachen sehr gefährdet würde, theils die Erhaltung und Beförderung der Cultur unbeweglicher Sachen an, die bey einem ungesicherten Genusse kaum zu erwarten sey. Uebrigens fällt es in die Augen, daß diese Beschränkungen als Verbothsgesetze durch Einverständniß der Parteyen nicht überschritten werden können.

1) Das gallizische Gesetzbuch kennet diese Beschränkungen nicht.

2) Diesen hier aufgeführten Beschränkungen fügt der §. noch eine dritte hinzu, nähmlich, daß der Verkäufer sein Wiederkaufsrecht zum Nachtheile eines Dritten nur in so fern ausüben könne, als es den öffentlichen Büchern einverleibt ist. Diese Einschränkung fließt, wie v. Scheidlein bemerkt [1]), schon aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, weil das Recht des Wiederkaufes ein aus einem Vertrage entspringendes, mithin persönliches Recht ist; persönliche Rechte aber nur durch die Eintragung in die öffentlichen Bücher zu dinglichen umgeschaffen werden, und nur dingliche Rechte gegen den dritten Besitzer der Sache geltend gemacht werden können. Wenn daher der Verkäufer eines Hauses sich das Wiederkaufsrecht vorbehalten hat, und dasselbe nicht in die öffentlichen Bücher eintragen ließ, der Käufer aber das Haus einem Dritten unbedingt verkauft hätte; so würde der erste Verkäufer das Haus von dem dritten Besitzer zurückzufordern nicht berechtiget seyn, sondern ihm nur der erste Käufer nach Maßgabe des §. 1069 dafür haften, daß durch den weiteren Verkauf die Zurückgabe des Hauses vereitelt worden ist. — Es ist aber ganz natürlich nicht hinreichend, daß in dem Kaufsvertrage, wodurch der erste Verkäufer die Sache dem Käufer überträgt, der sohin zum Behufe seiner Anschreibung als Eigenthümer in dem Urkundenbuche eingetragen wird, der Vorbehalt des Wiederkaufes eingeschaltet sey, sondern es muß dieses Wiederkaufsrecht ausdrücklich in dem Hauptbuche als Last erscheinen. — Auf gleiche Art verhält es sich mit den Lasten, womit die Sache von dem Verkäufer bebürdet worden ist. — Es kann zwar derjenige, dem von dem Käufer eine Servitut oder ein Pfandrecht auf die Sache eingeräumt worden ist, dieses sein Recht ungeachtet des in dem öffentlichen Buche eingetragenen Wiederkaufsrechtes intabuliren lassen; allein er kann dieses Recht zum Nachtheile des Verkäufers nicht geltend machen, sondern es steht diesem das Recht zu, in dem Falle, als er sein Wiederkaufsrecht geltend macht, die Löschung dieser Last zu begehren. — So lange der Käufer als Eigenthümer angeschrieben steht, kann der Gläubiger zwar sein Pfandrecht ausüben, und in dessen Folge

1) A. a. O. §. 111.

die Feilbiethung des verhypothezirten Gutes verlangen; allein der Käufer hat das versteigerte Gut mit dieser Last zu übernehmen.

§. 1071.

Kauf mit Vorbehalt des Rückverkaufes.

Den nähmlichen Beschränkungen unterliegt das von dem Käufer ausbedungene Recht, die Sache dem Verkäufer wieder zurück zu verkaufen; und es sind auf dasselbe die für den Wiederkauf ertheilten Vorschriften anzuwenden. Ist aber die Bedingung des Wiederverkaufes oder Wiederkaufes verstellt, und eigentlich, um ein Pfandrecht oder ein Borggeschäft zu verbergen, gebraucht worden, so tritt die Vorschrift des §. 916 ein.

1) Der Vorbehalt des Rückverkaufes, daß nähmlich der Käufer die gekaufte Sache dem Verkäufer wieder zurück zu verkaufen berechtiget, und dieser sie zu übernehmen verpflichtet seyn soll, ist, wie v. Zeiller bemerkte, weit seltener, als der Vorbehalt des Wiederkaufes, woraus mit Recht die Folgerung gezogen wird, daß zweifelhafte Ausdrücke eher von dem letzterem als von dem ersteren Vorbehalte zu verstehen sind.

2) Sind die Bedingungeu des Rückverkaufes von den Parteyen nicht ausdrücklich bestimmt, so gelten die nähmlichen, welche von dem Gesetze für den Fall des Vorbehaltes des Wiederkaufes festgestellt worden sind. — Es muß also auch hier jeder Theil in den vorigen Stand zurückversetzet, also die Sache gegen eben dasselbe Kaufgeld, und den Ersatz der zur Erhaltung verwendeten außerordentlichen Kosten, oder des zur Vermehrung fortdauernder Nutzungen gemachten Aufwandes in einem nicht verschlimmerten Zustande zurückgestellt, oder für den Schaden Ersatz geleistet werden. Ob der Schade, den die Sache in den Händen des Käufers erlitten hat, aus Verschulden des letzteren, oder durch einen bloßen Zufall entstanden ist, scheint hier gleichgültig; denn die von dem Verkäufer dem Käufer gemachte

Zusicherung, die verkaufte Sache um den nähmlichen Kaufpreis wieder zurückübernehmen zu wollen, kann doch dem Letzteren kein größeres Recht geben, als wenn zwischen beyden Theilen bereits ein neuer Kaufcontract geschlossen worden wäre, gemäß welchem die früher von dem einen Theile an den andern verkaufte Sache, wieder an den ersteren übergehen sollte. In diesem Falle aber gehen alle in der Zwischenzeit, nähmlich von dem Zeitpuncte des geschlossenen Contractes bis zur bestimmten Zeit der Uebergabe durch Zufall erfolgten Verschlimmerungen der Sache und Lasten auf Rechnung des Besitzers (§§. 1049 u. 1064), folglich auch hier auf Rechnung des Käufers, der sich das Rückverkaufsrecht bedungen hat. Wäre die Sache in der Zwischenzeit ganz außer Verkehr gesetzt, oder über die Hälfte an Werth zu Grunde gerichtet worden; so fiele die Verbindlichkeit, sie zurück zu nehmen, ganz weg (§§. 1048 u. 1064). So wie aber auf das Rückverkaufsrecht die für den Wiederkauf ertheilten Vorschriften anzuwenden sind, unterliegt dasselbe auch den nähmlichen Beschränkungen, weil für die Beschränkungen des Rückverkaufes eben dieselben Gründe, wie für die Beschränkungen des Wiederkaufes, streiten.

3) Durch den Vorbehalt des Rückkaufes kann der gesetzwidrige Pfandvertrag, vermög dessen dem Pfandgläubiger statt der Zinsen die Fruchtnießung des verpfändeten unbeweglichen Gutes gebühren soll (§. 1372), und durch den Vorbehalt des Rückverkaufes kann ein wucherliches Darleihen bemäntelt werden. Denn setzen wir, daß der Pfandgläubiger und Pfandschuldner übereinkommen, daß dem ersteren die Früchte der verpfändeten Grundstücke statt der Capitals-Interessen zufallen sollen, so wäre ein solcher Vertrag wirkungslos. Um nun ihrem Uebereinkommen doch eine rechtliche Wirkung zu verschaffen, können beyde Theile leicht in Versuchung gerathen, anstatt dieses von dem Gesetze ausdrücklich für wirkungslos erklärten Nebenvertrages einen andern nach dem Gesetze im allgemeinen zulässigen Vertrag zu schließen, dabey aber solche Nebenbestimmungen einfließen zu lassen, daß dadurch der nähmliche Zweck erreicht werde, als wenn sie wirklich den verbothenen Vertrag

selbst geschlossen, und derselbe sich des Schutzes der Gesetze zu erfreuen hätte. Hierzu biethet ihnen die Nebenbestimmung eines Kaufvertrages, nähmlich der Vorbehalt des Rückkaufes, ein geeignetes Mittel an; denn indem der Schuldner und respec. Pfandgeber seinem Gläubiger die als Pfand bestimmte unbewegliche Sache wirklich veräußert, d. i. in das Eigenthum übergibt, dabey sich aber vorbehält, diese nähmliche Sache nach einer bestimmten Zeit, z. B. nach drey Jahren, zurückzukaufen, und er dieses nach dieser bestimmten Zeit auch wirklich bewerkstelliget; so haben beyde Theile ihren obigen Zweck vollkommen erreicht. Der Pfandgläubiger erhielt dadurch, daß das Pfandstück formell in dessen Eigenthum überging, die vollkommenste Sicherheit für seine Forderung, weil dadurch der Schuldner außer Stand gesetzt wurde, mit der Sache nach Belieben zu disponiren, und er erhielt, während dieser Zeit, was bezweckt wurde, den Genuß des verpfändeten Grundstückes anstatt der Capitalszinsen. — Setzen wir dagegen, Jemand nehme ein Capital von 1000 fl. auf Ein Jahr zu leihen, und der Darleiher bedinge sich aus, daß dieses Darleihen mit 1100 fl. zurückbezahlt werden solle; so wäre hier der Vertrag in so weit wirkungslos, daß der Schuldner nur verbunden wäre, nach Ablauf des Jahres 1050 fl. zu bezahlen (§. 993). Um nun diese gesetzliche Vorschrift zu umgehen, kann es beyden Theilen beyfallen, den Vertrag zu schließen, zufolge welchem der Schuldner die als Pfand bestimmte Sache dem Gläubiger als Eigenthum überläßt; wobey sich jedoch der letztere ausbedingt diese Sache nach Verlauf eines Jahres dem Schuldner um 1100 fl. wieder zurück zu verkaufen. Dadurch ist ihr beabsichtigter Zweck vollkommen erreicht; der Darleiher wird durch die Uebergabe des Pfandstückes in sein Eigenthum wegen seiner Forderung vollkommen sicher gestellt, und erhält nach Verlauf einer Jahresfrist die bedungenen 1100 fl.; welche er, wenn das Uebereinkommen in Gestalt eines Darleihensvertrages abgeschlossen seyn würde, nicht erhalten hätte.

4) Ob nun aber der Kaufvertrag mit dem Vorbehalte des Wiederkaufes oder des Rückverkaufes ein wahrer Kaufvertrag oder eine solche Scheinhandlung sey, ist, wie v. Scheidlein

bemerkt [1]), aus der Beschaffenheit der vertragschließenden Parteyen, aus dem Gebrauche, den der Käufer von dem angeblich verkauften Gegenstande machen kann, aus dem längeren oder kürzeren zur Ausübung des Wiederkaufs- oder Rückverkaufsrechtes bestimmten Zeitraume, hauptsächlich aber aus dem auffallend verschiedenen Kaufs- und Wiederkaufs- oder Rückverkaufspreise zu entnehmen. Vorzüglich scheint der Kauf mit Vorbehalt des Rückverkaufes den Verdacht einer Scheinhandlung zu erregen, weil zur Schließung eines solchen Geschäftes in seinem wahren Sinne sich weit seltner Motive ergeben, als dieses bey dem Vorbehalte des Wiederkaufes der Fall ist. — Der Vorbehalt des Wiederkaufes oder Rückverkaufes wird dann einem besonderen Bedenken unterliegen, wenn dabey ausgemacht wird, daß die zufälligen Verschlimmerungen der Sache auf Rechnung des Wiederkäufers gehen sollen.

§. 1072.

Vorbehalt des Vorkaufsrechtes.

Wer eine Sache mit der Bedingung verkauft, daß der Käufer, wenn er solche wieder verkaufen will, ihm die Einlösung anbiethen soll, der hat das Vorkaufsrecht.

1) Nach den früheren österreichischen Gesetzen gab es ein zweyfaches Vorkaufsrecht (auch Einstands oder Näherrecht genannt); nähmlich ein gesetzliches und vertragsmäßiges. Das gesetzliche wurde schon durch die §§. 4 u. 6 des zweyten Hauptstückes des Josephinischen Gesetzbuches aufgehoben, und durch das Patent vom 8. März 1787 [2]) zur Vermeidung alles Mißverständnisses erklärt, daß nicht bloß das landmännische Einstandsrecht, sondern alle Gattungen des in verschiedenen Landesgesetzen oder Gewohnheiten gegründeten Einstandsrechtes allgemein und ganz, unter was Art und Benennung dasselbe derzeit gewöhnlich und Rechtens gewesen, aufgehoben sey. — Jedoch beschränkt sich diese Aufhe-

1) Am a. O. §. 113.
2) J. G. S. Nr. 649.

bung nur auf jenes Einstandsrecht, das in den Landesgesetzen und Landesgewohnheiten gegründet war, und die Rechte, welche aus Contracten entstehen, blieben durch diese Verordnungen unberührt [1]).

2) Wenn daher der Verkäufer das Vorkaufsrecht ausüben will, so muß dasselbe immer ausdrücklich vorbehalten werden. Es unterscheidet sich von dem Wiederkaufsrechte darin, daß, wenn der Verkäufer sich das erstere vorbehalten hat, er den Käufer nicht verhalten könne, die Sache wieder zu verkaufen, sondern nur zu begehren befugt sey, daß, wenn der Käufer die Sache wieder verkaufen will, er sie vielmehr ihm, als einem Dritten gegen gleiche Bedingungen überlasse, wo entgegen der Vorbehalt des Wiederkaufsrechtes die Verbindlichkeit des Käufers, die Sache dem Verkäufer auf dessen Begehren wieder zu verkaufen, nach sich zieht [2]).

§. 1073.

Das Vorkaufsrecht ist in der Regel ein persönliches Recht. In Rücksicht auf unbewegliche Güter kann es durch Eintragung in die öffentlichen Bücher in ein dingliches verwandelt werden.

1) Schon bey Erläuterung des §. 307 wurde darauf aufmerksam gemacht, daß man sowohl die persönlichen als dinglichen Sachenrechte in solche eintheilen müsse, welche ihrer Natur nach persönlich oder dinglich sind, und in solche, welche ihrer Wirkung nach persönlich oder dinglich sind. — Die Sachenrechte, die ihrer Natur nach dinglich sind, sind im §. 308 aufgezählt. — Alle übrigen Rechte sind der Regel nach persönlicher Natur. Das Vorkaufsrecht wird hier von dem Gesetzgeber ausdrücklich unter die letzteren Arten von Rechten gezählet. Es scheint diese ausdrückliche Zuweisung dieses Rechtes in die Classe der persönlichen aus dem Grunde geschehen zu seyn, weil das in früheren

1) Hofdec. vom 27. April 1737; J. G. S. N. 673.
2) Siehe v. Scheidlein am a. O. §. 114.

Zeiten bestandene gesetzliche Einstandsrecht die Natur eines dinglichen Rechtes hatte.

2) Jedes Recht aber, dasselbe mag seiner Natur nach ein persönliches oder dingliches Sachenrecht seyn, wird nur dann als ein dingliches Recht wirksam, wenn es (in so weit es die unbeweglichen Güter betrifft) in die öffentlichen Bücher eingetragen wird. — Also auch das Vorkaufsrecht. Jedoch auch in diesem Falle ist es mehreren Beschränkungen unterworfen (§. 1076). Ein seiner Natur nach persönliches Sachenrecht kann aber nicht durch eine einseitige Verfügung desjenigen, dem dieses Recht gebühret, in ein dingliches umgestaltet werden; sondern es muß hierzu die Einwilligung des anderen Theiles hinzutreten; woraus folgt, daß der Berechtigte nicht befugt sey, die Pränotirung dieses Rechtes zu verlangen, wenn nicht der andere Theil die Einwilligung dazu gegeben, oder überhaupt sich dahin geäußert hat, daß dasselbe auch auf seine Besitzes-Nachfolger übergehen soll.

§. 1074.

Auch kann das Vorkaufsrecht weder einem Dritten abgetreten, noch auch auf die Erben des Berechtigten übertragen werden.

1) Der Grund dieser gesetzlichen Vorschrift ist, weil durch das Vorkaufsrecht die Freyheit des Verkehrs gehemmt wird, und diese Hemmung der Landescultur nachtheilig ist. — Es erlischt daher immer mit dem Tode des Berechtigten, wenn auch in dem Vertrage demselben ausdrücklich das Recht eingeräumt worden wäre, daß er es an seine Erben übertragen dürfe. — Eben so ist die Uebertragung desselben an einen Dritten für jeden Fall wirkungslos.

2) Indessen scheint es nicht gerade wesentlich nothwendig zu seyn, daß das Vorkaufsrecht gerade von dem Verkäufer ausbedungen werde, obschon das Gesetz §. 1072 diesen Umstand in die Erklärung des Vorkaufsrechtes aufgenommen hat. — Die Einschaltung dieses Umstandes in den Begriff des Vorkaufsrechtes scheint daher zu kommen, weil der Gesetzgeber

hier des Vorkaufes lediglich als eines Nebenvertrages bey dem Kaufvertrage erwähnt (§. 1067). Es kann aber jeder Eigenthümer einer Sache sich gegen einen Andern verpflichten, daß er ihm, wenn er die Sache verkaufen sollte, die Einlösung anbiethen wolle; und es ist kein Grund vorhanden, warum ein solcher Vertrag wirkungslos seyn sollte. — Wollte man hier strenge bey dem Buchstaben des Gesetzes stehen bleiben, so müßte man behaupten, daß das einem Dritten (nicht dem Verkäufer) eingeräumte Einlösungsrecht kein Vorkaufsrecht im Sinne des Gesetzes sey, was aber nicht nur allein mit dem früher gangbaren Begriffe eines Vorkaufsrechtes im Widerspruche stehen, sondern auch ganz gewiß der Absicht des Gesetzgebers nicht entsprechen würde.

3) Aus eben dieser Bemerkung glaube ich aber auch die Folgerung ziehen zu dürfen, daß, wenn derjenige, dem das Vorkaufsrecht gebührt, dasselbe einem Dritten abtritt, und diesem Abtretungsacte der Verpflichtete seine Zustimmung ertheilet, diese Abtretung allerdings dadurch gültig und von rechtlicher Wirkung sey. — Denn in diesem Falle ist es ja eben so viel, als ob der ursprünglich zum Vorkaufsrechte befugte auf dasselbe Verzicht geleistet, und dieses dann unmittelbar von dem Eigenthümer der Sache diesem Dritten eingeräumt worden wäre.

4) Uebrigens versteht es sich von selbst, daß das Vorkaufsrecht auch auf eine kürzere Zeit eingeschränkt werden könne, nach deren Ablauf es erlischt, obschon sich keine Gelegenheit zur Ausübung anboth (§. 1449).

§. 1075.

Der Berechtigte muß bewegliche Sachen binnen vier und zwanzig Stunden; unbewegliche aber binnen dreyßig Tagen, nach der geschehenen Anbiethung, wirklich einlösen. Nach Verlauf dieser Zeit ist das Vorkaufsrecht erloschen.

1) Die Hauptpflicht des Besitzers der mit dem Vorkaufsrechte belasteten Sache ist, daß er die zum Verkaufe bestimmte Sache vorerst dem Verkaufsberechtigten zur Einlösung anbiethe,

und die Verkaufsbedingungen getreulich vorlege; nähmlich in der Art, wie sie zwischen dem Besitzer und den sich meldenden Kauflustigen wirklich und im Ernste verabredet worden sind.

2) Ist von dem Eigenthümer dem Vorkaufsberechtigten die Einlösung angebothen worden, so muß er bewegliche Sachen binnen vier und zwanzig Stunden, unbewegliche aber binnen dreyßig Tagen wirklich einlösen. — Diese Fristen laufen von dem Tage der geschehenen Anbiethung, so, daß die erstere für verfallen zu halten ist, wenn der Verkäufer von der Stunde der geschehenen Anbiethung an, diese Stunde nicht mitgerechnet, in der vier und zwanzigsten Stunde, und die letztere, wenn von dem Tage der geschehenen Anbiethung an, diesen Tag nicht mitgerechnet, am dreyßigsten Tage die Sache nicht wirklich eingelöset hat, für verfallen zu halten ist. — Diese v. Scheidlein gemachte Auslegung [1]) ist, wie er selbst bemerkt, allerdings den Worten des gegenwärtigen §. und der Analogie des §. 903 angemessen.

3) Die Einlösung kann dem Verpflichteten entweder außergerichtlich, und zwar mündlich oder schriftlich, oder, was zur Erleichterung des Beweises räthlich ist, gerichtlich, d. i. mittelst Zustellung durch den Gerichtsdiener angebothen werden. Von Seite des Vorkaufsberechtigten ist es aber, um der gesetzlichen Vorschrift Genüge zu leisten, nicht genug, wenn er vor Verlauf der Fallfrist erklärt, daß er das ihm gemachte Anerbiethen annehme, mithin bereit sey, den vollständigen Kaufpreis, welcher von einem Dritten angebothen worden ist, dem Eigenthümer zu entrichten, sondern er muß denselben gegen Uebernahme der Sache vor Verlauf der Fallfrist entrichtet haben, weil der gegenwärtige §. ausdrücklich anordnet, daß der Berechtigte binnen der erwähnten Fallfrist die Sache wirklich einlösen müsse. Nur wenn der Vorkaufsverpflichtete mit der Uebergabe der Sache zauderte, würde der Berechtigte der Wirkung der Fallfrist ausweichen, wenn er den vollständigen Kaufpreis gerichtlich hinterlegt hätte. [2]). Wäre der Berechtigte abwesend, sein Aufent-

1) Am a. O. §. 116.
2) V. Scheidlein am a. O. §. 116.

haltsort aber bekannt, so müßte das schriftliche Anerbiethen, wo er sich immer befindet, zu eigenen Handen zugestellt werden. Wäre aber sein Aufenthaltsort unbekannt, so würde nichts anders erübrigen, als daß demselben ein Curator aufgestellt, diesem Curator das Anerbiethen gerichtlich zugestellt, ein Edict ausgefertigt, und in die Zeitungsblätter eingerückt werde. — Nur wäre es in diesem Falle sehr zweifelhaft, von welchem Zeitpuncte an die Fallfrist zu laufen anfange. — Das Natürlichste scheint zu seyn, wenn man diese Fallfrist von der Zeit berechnet, als das Anerbiethen dem aufgestellten Curator zugefertigt worden ist. — Allein dagegen ist zu bemerken, daß hier, besonders wenn der Gegenstand des Vorkaufsrechtes eine bewegliche Sache ist, die Ausfertigung eines Edicts ganz überflüssig wäre, weil es in die Augen springt, daß der Berechtigte durch dasselbe nicht frühzeitig genug in die Kenntniß dieses Anerbiethens kommen könne. — Der Curator kann aber eigenmächtig, und ohne besondere Autorisation des Berechtigten von dem Vorkaufsrechte keinen Gebrauch machen, noch weniger kann er gezwungen werden, den Kaufschilling aus seinem Vermögen vorzuschießen.

Ich glaube daher, daß hier die Analogie des §. 865 eintrete, und daher der Vorkaufsverpflichtete sich einen unvermeidlichen Aufschub gefallen lassen müsse. — Das Gericht hätte daher in dem Edicte einen den Umständen angemessenen Zeitraum zu bestimmen, binnen welcher Frist der Abwesende dieses Einlösungsrecht in Ausübung zu bringen habe.

4) Während der Ueberlegungsfrist kann der Verpflichtete weder von dem Verkaufe zurück treten, noch zum Nachtheile des Berechtigten in den Kaufpuncten Abänderungen treffen (§. 862). Wenn nun der Berechtigte binnen der gesetzlichen Frist wirklich einlöset, so wird der von dem Verpflichteten mit dem Dritten bedingt geschlossene Kaufvertrag, weil die Bedingung wegfällt, außer Kraft gesetzt, der Dritte also von seiner Verbindlichkeit entlediget; so wie der Kaufvertrag, wenn binnen der gesetzlichen Zeit die Sache von dem Berechtigten nicht eingelöset wird, in seine volle Rechtswirkung eintritt, weil dann das Vorkaufsrecht eben so erloschen ist, als wenn der Berechtigte

ausdrücklich erkläret hätte, die Sache nicht einlösen zu wollen [1]). Die bloße Erklärung des Vorkaufsberechtigten, daß er von dem Vorkaufsrechte Gebrauch machen wolle, kann nach dem Inhalte des §. den ersteren Käufer von seiner Verbindlichkeit nicht befreyen, weil der Vorkaufsberechtigte binnen der gesetzlichen Zeitfrist, bey Verlust seines Vorkaufsrechtes, die Sache wirklich einlösen muß, der frühere Kaufcontract folglich mit der Bedingung geschlossen wird, daß der Vorkaufsberechtigte die Sache binnen der gesetzlichen Zeitfrist nicht wirklich einlöse [2]).

§. 1076.

Das Vorkaufsrecht hat im Falle einer gerichtlichen Feilbiethung der mit diesem Rechte belasteten Sachen keine andere Wirkung, als daß der den öffentlichen Büchern einverleibte Berechtigte zur Feilbiethung insbesondere vorgeladen werden muß.

1) Ehe ich zur eigentlichen Erklärung dieses §. übergehe, will ich ganz kurz von den rechtlichen Wirkungen eine Erwähnung machen, welche die Eintragung des Vorkaufsrechtes in die öffentlichen Bücher hervorbringt. — Wird die mit dem Vorkaufsrechte belastete unbewegliche Sache einem Dritten unter der Hand verkauft, ohne daß dem Vorkaufsberechtigten die Einlösung angebothen worden ist; so kann die Behörde, unter der das öffentliche Buch steht, die Anschreibung des Käufers nicht verweigern. Denn das Vorkaufsrecht kann nur unter der Rubrik der Belastungen erscheinen, und sohin hat diese Eintragung nur die Wirkung, daß der neue Eigenthümer die Sache mit der darauf haftenden Last übernehmen müsse. Auch ist die Landtafel- oder Grundbuchsbehörde nicht verpflichtet, bey der Anschreibung eines neuen Eigenthümers der Sache die auf selber haftenden La-

1) Hr. R. R. v. Scheidlein an a. O. §. 116.

2) Eine andere Anordnung enthält das preußische Landrecht. I. Th. Tit. 11., §§. 823 — 825, und auch Herr Hofrath v. Zeiller behauptet in seinem Commentare das Gegentheil. Was übrigens unter wirklicher Einlösung zu verstehen sey, wird bey Erläuterung des §. 1077 näher besprochen werden.

sten durchzugehen, sondern es muß sich der Käufer selbst, der sich von den auf der Sache haftenden Lasten durch die Einsichtnahme in das öffentliche Buch die gehörige Kenntniß nicht verschafft, die widrigen Rechtsfolgen gefallen lassen. — Die Wirkung aber ist nicht die, daß der Dritte, wenn er die Sache wieder veräußert, selbe dem Berechtigten anbiethen müsse, sondern der letztere ist berechtiget, die Sache von ihm abzufordern (§. 1079).

2) Ist die Sache Jemanden vermacht oder geschenkt worden, so ist von einer Verpflichtung des Erblassers oder Schenkers, dieselbe dem Vorkaufsberechtigten anzubiethen, keine Rede; denn diese tritt nur dann ein, wenn die Sache *verkauft* werden will. — Da aber das Vorkaufsrecht auf der legirten oder geschenkten Sache haftet, so geht die dießfällige Verpflichtung an den Legatar oder Geschenknehmer über (§§. 443 u. 662). Es hat somit dieser die Obliegenheit, wenn er von seiner Seite die Sache verkaufen will, dem Berechtigten auf vorstehende Art die Einlösung anzutragen. Dieses Nähmliche ist der Fall, wenn die mit dem Vorkaufsrechte belastete Sache gegen eine andere vertauscht, oder auf eine andere Art als mittelst Kauf entgeldlich veräußert wird.

3) Wird aber die Sache in einer gerichtlichen Feilbiethung veräußert, so bringt die bücherliche Eintragung, ohne Unterschied, ob die Feilbiethung eine freywillige oder gezwungene ist, keine andere Wirkung hervor, als daß der Berechtigte zur Feilbiethung *insbesondere* vorgeladen werden müsse.

Es genügt daher nicht, wenn der Berechtigte von der bevorstehenden Feilbiethung nur mittelst des an dem Gerichtsorte angehefteten und in die öffentlichen Zeitungsblätter eingetragenen Feilbiethungs-Edictes benachrichtiget wird, sondern es muß ihm durch den Gerichtsdiener ein von demjenigen, welcher die Feilbiethung bewirkt hat, überreichtes Verständigungsgesuch zugestellt werden. Wäre diese Vorsicht unterlassen worden, so wäre die Feilbiethung ungültig, und es müßte daher eine neue Feilbiethung von dem Gerichte angeordnet werden. — Man könnte zwar glauben, daß das Vorkaufsrecht in dem letzten Falle von dem Verpflichteten nach Belieben vereitelt werden könne, wenn es ihm

in den Sinn kommt, eine gerichtliche Versteigerung seiner Realität anzusuchen. — Allein es ist in Erwägung zu ziehen, daß a) bey einer öffentlichen Feilbiethung der Ablösungspreis nach den im §. 1077 erörtert werdenden Lehrsätzen derjenige wäre, welchen der Meistbiethende angebothen hat, und b), daß die Versteigerungsordnung kein Maß vorschreibt, das genügend ist, um das frühere Anboth zu überschreiten, folglich auch der Vorkaufsberechtigte durch die Verständigung in den Stand gesetzt wird, sein Vorkaufsrecht mit einem Opfer von einem Pfenninge, wenn ihm an der Geringfähigkeit des Opfers mehr, als an verschiedenen anderen — gelegen ist, in Ausübung zu bringen.

§. 1077.

Der zur Einlösung Berechtigte muß, außer dem Falle einer anderen Verabredung, den vollständigen Preis, welcher von einem Dritten angebothen worden ist, entrichten. Kann er die außer dem gewöhnlichen Kaufpreise angebothenen Nebenbedingungen nicht erfüllen, und lassen sie sich auch durch einen Schätzungswerth nicht ausgleichen; so kann das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt werden.

1) Will der zur Einlösung Berechtigte sein Recht geltend machen, so ist zu unterscheiden, ob von den Parteyen ein Einlösungsbetrag verabredet worden ist oder nicht. — Im ersten Falle muß derselbe den verabredeten Einlösungsbetrag entrichten. Außer diesem Falle aber muß er den vollständigen Preis, welcher von einem Dritten angebothen worden ist, entrichten, damit der Verpflichtete genau dasjenige von dem Berechtigten erhalte, was er von dem Dritten bekommen haben würde.

2) Unter dem vollständigen Preise sind, wie es der Schlußsatz des gegenwärtigen §. deutlich anzeigt, nicht nur der Betrag des Kaufgeldes, sondern auch die Art der Entrichtung desselben und die übrigen vortheilhaften Bedingungen zu verstehen, die der Dritte zu erfüllen sich erbothen hat; z. B. dieser

hätte seinem Vormanne lebenslängliche freye Wohnung im Hause zugestanden, oder eine jährliche Entrichtung in Naturalien zugesagt. — Aus dem Inhalte des gegenwärtigen §. wird es dann auch klar, was das Gesetz §. 1075 unter wirklicher Einlösung verstehe. Es kann nähmlich darunter nur die genaue Erfüllung jener Verbindlichkeiten verstanden werden, zu welchen sich der Dritte anheischig gemacht hat. Setzen wir z. B. den Fall: A habe dem B das Vorkaufsrecht auf sein Haus eingeräumt; nun melde sich C als Kauflustiger um dieses Haus, und biethe dem A einen Kaufschilling von 2000 fl. an, wovon die Hälfte gleich bar bezahlt, über die andere Hälfte ein Schuldschein ausgefertigt, darin die Zahlung nach vorhergegangener halbjähriger Aufkündung zugesichert, und die Intabulation auf das Haus bewilligt werden solle. Dabey mache sich C noch verbindlich, dem A seine gegenwärtige Wohnung lebenslänglich unentgeldlich zu belassen. In diesem Falle wäre nun die wirkliche Einlösung geschehen, wenn B dem A die 1000 fl. in Barem zuzählet, und über die andere Hälfte den Schuldschein unter den nähmlichen Modalitäten, wie C versprochen, ausfertiget. — Leistungen, welche in die Zukunft gestellt sind, z. B. wenn sich C zur Ablieferung einer gewissen Quantität Wein im Herbste jeden Jahres verpflichtet hätte, können nur zugesichert werden, und der Vorkaufsverpflichtete muß sich daher damit begnügen, daß der Berechtigte die Leistungen zu erfüllen verspricht, und er kann nicht einmahl eine Sicherstellung dieser Leistungen fordern, wenn sich der dritte Kauflustige hierzu nicht verpflichtet hat.

3) Kann der Berechtigte die außer dem gewöhnlichen Kaufpreise angebothenen Bedingungen nicht erfüllen, so kommt es darauf an, ob sie sich durch einen Schätzungspreis ausgleichen lassen oder nicht. Im ersten Falle ist der Preis nur dann vollständig zu nennen, wenn außer dem gewöhnlichen Kaufpreise auch der Schätzungswerth der von dem Dritten angebothenen Nebenbedingungen, z. B. der Schätzungswerth der Wohnung oder der Naturalien ausgemittelt wird; im zweyten Falle kann das Vorkaufsrecht gar nicht ausgeübt werden, weil dann der Berechtigte nicht den vollständigen Preis entrichten kann, welcher von einem

Dritten angebothen worden ist. Unter die Unmöglichkeit der Erfüllung gehört auch, wenn die Bedingung nicht in der Art in Erfüllung gebracht werden kann, wie sie der Dritte in Erfüllung gebracht haben würde. Setzen wir z. B.: ein berühmter Mahler biethe für das Haus, worauf dem A das Vorkaufsrecht zusteht, 10000 fl. an, und mache sich zugleich anheischig, das Portrait des Verpflichteten zu mahlen. A sey zwar auch ein Portraitmahler, aber bey weitem nicht so ausgezeichnet, wie jener. In diesem Falle wird das Vorkaufsrecht eben so wenig ausgeübt werden können, als wenn A gar kein Mahler wäre. Läßt sich der Vorkaufsberechtigte herbey, diese Nebenbedingung durch einen Dritten, der der Erfüllung vollkommen gewachsen ist, zu bewerkstelligen, und macht sich dieser Dritte auch dazu anheischig, so versteht es sich von selbst, daß das Vorkaufsrecht dann nicht erlösche.

4) Was in dem Falle, als das Vorkaufsrecht wider den Verpflichteten geltend gemacht wird, in Ansehung der mittlerweiligen Verbesserungen und Verschlimmerungen Rechtens sey, wird hier nicht entschieden; doch sind sowohl Herr Hofrath v. Zeiller, als Herr Reg. Rath v. Scheidlein der nach meiner Ueberzeugung ganz richtigen Meinung, daß das, was hierüber in Ansehung des Wiederkaufsrechtes in dem §. 1069 verordnet worden, auch auf das Vorkaufsrecht anzuwenden sey.

§. 1078.

Das Vorkaufsrecht läßt sich auf andere Veräußerungsarten ohne eine besondere Verabredung nicht ausdehnen.

1) Daß das Vorkaufsrecht in jenen Fällen nicht ausgeübt werden könne, wenn die damit belastete Sache unentgeldlich an Jemanden überlassen wird, springt wohl in die Augen. Zweifelhafter dürfte es seyn, was bey einer entgeldlichen Veräußerung, z. B. durch Tausch, Rechtens sey, oder eigentlich vom Standpuncte des Gesetzgebers aus als Recht festgesetzt werden soll. Da das Vorkaufsrecht die Freyheit des Verkehres hemmet,

und sohin immer nachtheilig auf die Landescultur wirkt, so ist's der Politik der Gesetzgebung angemessen, wenn es genau auf seinen Begriff, der sich aus der wörtlichen Bedeutung ergibt, eingeschränkt bleibt; um so mehr, als es den Parteyen freysteht, den Begriff desselben durch ausdrückliche Verabredungen zu erweitern. Dabey versteht es sich von selbst, daß, wenn die Veräußerungsart bloß zum Scheine verabredet worden wäre, um dadurch ein Kaufsgeschäft zu bemänteln, der §. 916 in Anwendung zu kommen hätte. Wird die Sache theils gegen Geld, theils gegen eine andere Sache veräußert, so ist sich dabey der §. 1055 vor Augen zu halten. Das Vorkaufsrecht kann auch ohne Zweifel dann nicht ausgeübt werden, wenn aus dem Verhältnisse, in welchem der Veräußerer zu dem Dritten steht, z. B. wie der Vater zum Sohne, und aus dem niederen Kaufpreise zu entnehmen ist, daß ein aus einem entgeldlichen und unentgeldlichen vermischter Vertrag geschlossen worden sey; weil der Veräußerungsact in diesem Falle als kein reiner Kaufsvertrag mehr angesehen werden kann.

2) Betrifft das Vorkaufsrecht eine unbewegliche Sache, und ist dasselbe in die öffentlichen Bücher als Last eingetragen, so geht diese Last in der §. 1076 Nr. 2 berührten Art auf den Uebernehmer über. Ist dieses aber nicht der Fall, so ist das Vorkaufsrecht durch den Veräußerungsact für immer erloschen. Es könnte hier die Frage aufgeworfen werden, ob in einem solchen Falle der Vorkaufsverpflichtete nicht verbunden sey, in dem Veräußerungsacte dem Berechtigten sein Recht ausdrücklich vorzubehalten? — welche Frage aber ohne Zweifel verneinend beantwortet werden müßte; denn das Vorkaufsrecht ist seiner Natur nach nur ein persönliches Recht, und kann nur mit Uebereinstimmung beyder Theile durch die wirkliche Eintragung in die öffentlichen Bücher in ein dingliches umgeschaffen werden. Der Vorkaufsverpflichtete macht sich daher in dem Vertrage nur für seine Person verbindlich, daß er, im Falle er die Sache einem Anderen verkaufen würde, dem Berechtigten die Sache zur Einlösung anbiethen wolle; er macht sich aber nicht auch verbindlich, dem Dritten, den er auf eine andere Art und Weise

als durch Kauf die Sache überlassen wird, diese Verbindlichkeit aufzulegen.

§. 1079.

Hat der Besitzer dem Berechtigten die Einlösung nicht angebothen, so muß er ihm für allen Schaden haften. Im Falle eines dinglichen Vorkaufsrechtes kann die veräußerte Sache dem Dritten abgefordert werden, und dieser wird nach Beschaffenheit seines redlichen oder unredlichen Besitzes behandelt.

1) Derjenige, welcher einem Andern das Vorkaufsrecht eingeräumt hat, und dessenungeachtet die Sache an einen Dritten veräußert, ohne dem ersteren die Einlösung anzubiethen, handelt vertragswidrig, und hat daher nach der allgemeinen Regel, daß Derjenige Ersatz zu leisten habe, der sich im Verschulden befindet (§. 1295), für allen hieraus entspringenden Schaden zu haften. In Ansehung dieser Haftungsverbindlichkeit macht es keinen Unterschied, ob das Vorkaufsrecht dinglich oder nur persönlich, d. i. in die öffentlichen Bücher eingetragen sey oder nicht.

2) Ist das Vorkaufsrecht nur persönlich, so muß sich der Berechtigte mit der Haftung des Verpflichteten begnügen. Ist es aber dinglich, so *kann* es nicht nur allein gegen den neuen Käufer, sondern, in so fern auch dieser bereits die Sache veräußert hätte, gegen den dritten nachgefolgten Besitzer geltend gemacht, mithin die veräußerte Sache diesem abgefordert werden. — Hat der Dritte gewußt, oder aus den Umständen vermuthen müssen, daß die Sache mit dem Vorkaufsrechte belastet sey, so erscheint er als unredlicher Besitzer (§. 326), und er ist sohin verpflichtet, dem Berechtigten alle durch den Besitz der Sache erlangten Vortheile sammt denjenigen, die der Berechtigte erlangt haben würde, zurückzustellen, und allen durch seinen Besitz entstandenen Schaden zu ersetzen. — Hat er aber davon nichts gewußt, und auch keinen besonderen Grund gehabt, dieses zu vermuthen; so erscheint er als redlicher Besitzer, und er hat daher die Sache nur in dem Zustande, in dem sie sich befindet,

daher nur jene Früchte, welche von der Sache noch nicht abgezogen sind, und jene bereits eingehobenen Nutzungen, welche während seines ruhigen Besitzes noch nicht verfallen waren, zurückzustellen (§. 330). Dagegen gebührt ihm der Ersatz des nothwendigen und nützlichen Aufwandes nach dem gegenwärtigen Werthe der Sache, in so fern er den wirklich gemachten Aufwand nicht übersteigt (§. 331). Aus dem Umstande allein, daß der Dritte die öffentlichen Bücher hätte einsehen können, und nicht eingesehen hat, oder aus dem, daß er sich bey dem Berechtigten hätte erkundigen können, ob ihm die Einlösung angebothen worden sey, läßt sich, ohne Hinzutreten anderer Umstände, noch nicht schließen, daß er ein unredlicher Besitzer sey.

§. 1080.

Kauf auf die Probe.

Bey dem Kaufe auf die Probe geht das Kaufstück vor Bezahlung des Preises nicht in das Eigenthum des Käufers. Der Käufer wird während der Probezeit als ein Entlehner; nach Verlauf dieser Zeit aber das Kaufgeschäft für unbedingt abgeschlossen, und der Käufer als Eigenthümer des Kaufstückes angesehen.

§. 1081.

Hat der Käufer für das übernommene Kaufstück den Preis bezahlt, so gebührt ihm sogleich das Eigenthum; er kann aber vor Verlauf der Probezeit von dem Kaufe zurücktreten.

1) Ein Kauf auf die Probe geht dann vor sich, wenn der Käufer, ungeachtet er mit dem Verkäufer über den Kaufpreis einig ist, sich vorbehält, zu untersuchen, ob die gekaufte Sache auch wirklich die Beschaffenheit habe, die er bey derselben vorausgesetzt hat. — Man kauft ein Pferd, eine Uhr auf die Probe, wenn man nicht nur den Preis dafür festsetzt, sondern auch

das eine oder das andere übernommen, sich jedoch vorbehalten hat, zu untersuchen, ob das Pferd einen sicheren Tritt auf steilen Wegen habe, oder die Uhr die Stunden genau anzeige. Man kauft auch ein Grundstück auf die Probe, wenn man sich durch die Bebauung desselben von der Güte des Bodens überzeugen will.

2) Daß der Käufer vor Uebergabe der Sache das Eigenthum des Kaufgegenstandes nicht erlange, geht schon aus dem Inhalte des §. 1053 hervor; worin aber das Recht des Käufers vor dieser Uebergabe eigentlich bestehe, ob er nähmlich das Recht erlange, die Uebergabe der Sache auch ohne Bezahlung des Kaufpreises, oder nur gegen Entrichtung desselben zu verlangen, ist zweifelhaft. Herr Hofrath v. Zeiller spricht sich, mit Berufung auf den §. 1062, für die letztere Behauptung aus. Allein diese Meinung scheint dem Sinne des gegenwärtigen §. und der Absicht des Gesetzgebers nicht zu entsprechen. Der gegenwärtige §. sagt nähmlich, daß der Käufer während der Probezeit als ein Entlehner angesehen werde. Durch den Kauf auf die Probe macht sich daher der Verkäufer verbindlich, dem Käufer das Kaufstück während der Probezeit zu leihen, d. i. zum unentgeldlichen Gebrauche zu übergeben (§. 971), und somit kann der Käufer, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich ausgemacht ist, auch die Uebergabe der Sache, zwar nicht in das Eigenthum, was der §. 1062 voraussetzt, sondern zum zeitweisen Gebrauche, um sich dadurch von der Brauchbarkeit der Sache zu überzeugen, ohne Bezahlung des Kaufschillings fordern. Der Kaufpreis ist ja nur das Entgeld für die wirkliche Ueberlassung des Eigenthums, welches aber bey dem Kaufe auf die Probe durch die Uebergabe der Sache noch nicht auf den Käufer übergeht.

3) Wenn nun eine Sache auf die Probe verkauft wird, ohne daß der Kaufpreis dafür entrichtet wird; so ist der Kaufvertrag unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossen, und er ist sohin vor dem Eintritte der Bedingung, mithin vor Verstreichung der verabredeten oder gesetzlichen Probezeit für nicht vollkommen geschlossen zu halten, und es wird bis dahin der Käufer auf die Probe, dem die Sache übergeben wurde, als ein Entlehner angesehen und behandelt. Wenn daher der Käu-

fer die Sache anders gebraucht, als es bedungen war, z. B. das ihm zum Reiten anvertraute Pferd auch als Wagenpferd benützt, oder den Gebrauch desselben eigenmächtig einem Dritten gestattet; so kann der Verkäufer die Sache sogleich zurückfordern (§. 978). Der die Sache während der Probezeit zufällig getroffene Schade trifft den Verkäufer (§. 979).

4) Während der Probezeit ist der Käufer immer berechtigt, von dem Kaufe zurückzutreten, und das Kaufstück zurückzustellen. Nach Verlauf der Probezeit ist aber das Kaufgeschäft für unbedingt geschlossen anzusehen; weil aber der Verkäufer nicht verpflichtet ist, dem Käufer das Kaufstück vor Bezahlung des Kaufpreises in das Eigenthum zu übergeben, so kann er sogleich nach Verlauf der Probezeit den Kaufpreis, oder dafern selber nicht sogleich bezahlt wird, den Kaufgegenstand als sein Eigenthum zurückfordern, ohne daß er jedoch den Kaufvertrag selbst dadurch als aufgelöst ansehen kann (§. 919). Unterläßt der Verkäufer von diesem Rechte Gebrauch zu machen, so ist der Kaufpreis als geborgt, und der Käufer als Eigenthümer des Kaufgegenstandes anzusehen.

5) Wird der Kauf auf die Probe geschlossen, und dessenungeachtet von Seite des Käufers der Preis sogleich entrichtet; so geht, nach obiger Vorschrift, das übernommene Kaufstück auch sogleich in das Eigenthum des Käufers über. Da aber unter der Uebernahme, von welcher hier die Rede ist, nur die physische Uebernahme verstanden werden kann, weil nur diese den Käufer in den Stand setzt, die Eigenschaften der verkauften Sache zu untersuchen, so kann der §. 1081 eigentlich nur von körperlich beweglichen Sachen verstanden werden; denn das Eigenthum einer in den physischen Besitz übergebenen Sache kann für keinen Fall, vor Eintragung des Erwerbungsgeschäftes in die öffentlichen Bücher, in das Eigenthum des Käufers übergehen (§. 431). — In dem Falle nun, daß für die auf die Probe verkaufte Sache sogleich der Kaufpreis entrichtet wird, ist das Kaufgeschäft als unter einer auflösenden Bedingung geschlossen anzusehen; indem der Käufer vor Verlauf der Probezeit von dem Kaufe zurücktreten kann. Der Verkäufer kann das auf den Käufer übertragene Eigenthum in keinem Falle widerrufen.

6) Bey unbeweglichen Sachen kann, wie bereits erwähnt worden, durch die bloße Bezahlung des Kaufschillings, und eben so wenig durch den bloßen Ablauf der Probezeit das Eigenthum an den Käufer nicht übergehen; es kann aber in dem einen oder anderen Falle der Käufer begehren, daß ihm der Verkäufer eine Urkunde ausfertige, mittelst welcher er in den öffentlichen Büchern als Eigenthümer angeschrieben werde.

§. 1082.

Ist die Probezeit durch Verabredung nicht bestimmt worden, so wird sie bey beweglichen Sachen auf drey Tage; bey unbeweglichen aber auf Ein Jahr angenommen.

Der Grund, warum bey unbeweglichen Sachen die Frist eines Jahres bestimmt wurde, liegt darin, weil sich gewöhnlich erst nach dessen Ablauf der Ertrag derselben erkennen läßt. — Der Käufer hat aber nicht nöthig, den Verlauf der Probezeit abzuwarten, sondern er kann auch während derselben, wenn er sich von der Beschaffenheit des Kaufstückes überzeugt hat, dem Verkäufer seine Zufriedenheit erklären. Hat er dieses gethan, so steht es ihm nicht mehr frey, von dem Vorbehalte des Rückverkaufes Gebrauch zu machen.

§. 1083.

Verkauf mit Vorbehalt eines besseren Käufers.

Wird das Kaufsgeschäft mit dem Vorbehalte verabredet, daß der Verkäufer, wenn sich binnen einer bestimmten Zeit ein besserer Käufer meldet, denselben vorzuziehen befugt sey; so bleibt in dem Falle, daß das Kaufstück nicht übergeben worden, die Wirklichkeit des Vertrages bis zum Eintritte der Bedingung aufgeschoben.

§. 1084.

Ist das Kaufstück übergeben worden, so ist der Kaufvertrag abgeschlossen; er wird aber durch

den Eintritt der Bedingung wieder aufgelöset. Bey dem Mangel einer ausdrücklichen Zeitbestimmung wird der bey dem Kaufe auf die Probe angenommene Zeitraum vermuthet.

1) Der hier berührte Vorbehalt wird gewöhnlich einem Kaufvertrage angehängt, wenn mehrere Kauflustige vorhanden sind, oder doch die Hoffnung vorhanden ist, daß sich in kurzer Zeit mehrere einfinden dürften, und Umstände den Besitzer nöthigen, seine Sache sogleich, und vielleicht um einen dem Werthe derselben nicht angemessenen Kaufpreis dem nächsten Besten zu überlassen. — Der Vorbehalt eines besseren Käufers ist nicht so durch das Gesetz beschränkt, wie der Vorbehalt des Wiederkaufes, weil bey demselben die Gründe der Beschränkung nicht eintreten, die bey diesem vorhanden sind; das aus demselben entstehende Recht erstreckt sich daher auch auf bewegliche Sachen [1]).

2) Der Vorbehalt kann nach gemeinem Rechte als eine aufschiebende oder auflösende Bedingung beygerückt werden. Da aber die gewählten Ausdrücke oft zweifelhaft sind, und Streitigkeiten erzeugen können; so nimmt, wie v. Zeiller bemerkt, unser Gesetz die Uebergabe zum entscheidenden Merkmahle an, dergestalt, daß der Vorbehalt, wenn er von der Uebergabe begleitet wird, nur für eine auflösende, hingegen ohne die Uebergabe als eine aufschiebende Bedingung anzusehen ist. — Im ersten Falle erlangt der Käufer sogleich ein, obgleich widerrufliches Eigenthum; im zweyten aber nur ein bedingtes persönliches Recht, welches er nur gegen den Verkäufer, nicht gegen einen Dritten, und auch gegen den Käufer nur dann, wenn binnen der bestimmten Zeit sich kein besserer Käufer gemeldet hat, geltend machen kann, und welches dahin gerichtet ist, daß ihm, gegen Erlegung des Kaufgeldes, die Sache übergeben werde. Unter Uebergabe wird aber hier in Bezug auf unbewegliche Sachen nicht so, wie es im §. 1081 der Fall ist, die physische Uebergabe, sondern die Eintragung des Eigenthums in die öffentlichen Bücher verstanden.

---

1) Hr. R. R. v. Scheidlein am a. O. §. 121.

3) Die Zeitfrist, binnen welcher die Erfüllung der Bedingung abgewartet werden muß, hängt von der Willkühr der Parteyen ab. In Ermanglung einer ausdrücklichen Bestimmung der Zeitfrist vermuthet das Gesetz den bey dem Kaufe auf die Probe angenommenen Zeitraum.

§. 1085.

Ob der neue Käufer besser sey, beurtheilt der Verkäufer. Er kann den zweyten Käufer, wenn der erste auch noch mehr zahlen wollte, vorziehen. Bey der Auflösung des Vertrages heben sich die Nutzungen der Sache und des Geldes gegen einander auf. In Rücksicht der Verbesserungen oder Verschlimmerungen wird der Käufer gleich einem redlichen Besitzer behandelt.

1) Ein besserer Käufer ist nicht nur derjenige, welcher ein höheres Kaufgeld, sondern auch der, welcher vortheilhaftere Bedingungen, z. B. unverzügliche Zahlung, in einer vorzüglicheren Münzsorte u. s. w. anbiethet. — Die Entscheidung der Frage, wer als der bessere Käufer anzusehen sey, ist lediglich dem Ausspruche des Verkäufers selbst überlassen, ohne daß Jemand berechtiget ist, diesen Ausspruch anzufechten. Doch muß der neue Anboth nicht etwa nur vorgegeben oder nur zum Scheine gemacht werden, sondern ein wirklicher Anboth seyn; weil, wenn derselbe nur vorgegeben oder nur zum Scheine, um das Recht des ersten Käufers listiger Weise zu vereiteln, gemacht würde, der erste Käufer befugt wäre, zu fordern, daß, da sich in der That kein besserer Käufer gemeldet hat, es bey dem von ihm geschlossenen Kaufvertrage verbleibe.

2) Ist aber ein wirklicher Anboth gemacht worden, den der Verkäufer für besser hält; so kann er den zweyten Käufer, wenn der erste auch noch mehr zahlen wollte, vorziehen, weil die Bedingung des Rücktrittes eingetreten ist, und der Verkäufer ist nicht verpflichtet, den ersten Käufer von dem besseren Anbothe des neuen Käufers zu dem Ende zu benachrichtigen, daß die-

ser erkläre, ob er eben denselben Anboth machen wolle. Denn der Verkäufer kann selbst auch die persönlichen Eigenschaften des neuen Käufers vorziehen.

3) Ist das Kaufstück übergeben worden, und es meldet sich ein besserer Käufer, wird also der Kaufvertrag aufgelöset; so heben sich, wie bey dem Vorbehalte des Wiederkaufes und ausdemselben Grunde, die Nutzungen der Sache und des Geldes gegeneinander auf; der Käufer stellt also die Sache ohne die aus derselben inzwischen gezogenen Nutzungen und der Verkäufer das Kaufstück ohne Zinsen zurück.

4) Ist der Kauf mit Vorbehalt eines besseren Käufers abgeschlossen worden, ohne daß die Uebergabe des Kaufstückes erfolgt ist; so finden zwischen dem Verkäufer und Käufer bis zum Eintritte der Bedingung die nähmlichen Rechte und Verbindlichkeiten, wie bey einer fideicommissarischen Substitution Statt (§. 707); es bleibt sohin während dieser Zeit dem Verkäufer das eingeschränkte Eigenthumsrecht mit den Rechten und Verbindlichkeiten eines Fruchtnießers (§. 613). Er ist sohin verbunden, das Kaufstück als ein guter Haushälter in dem Zustande, in dem sie sich zur Zeit des abgeschlossenen Kaufes befand, zu erhalten, und aus dem Ertrage die Ausbesserungen, Ergänzungen und Herstellungen zu besorgen (§. 513), und es kann der Käufer bey sich äußernder Gefahr die Sicherstellung der Substanz des Kaufstückes verlangen (§. 520). Meldet sich nun binnen der (vertragsmäßig oder gesetzlich) bestimmten Zeit kein Käufer, so hat der Verkäufer, gegen Leistung der Verbindlichkeiten von Seite des Käufers, die Sache mit allen stehenden Früchten zu übergeben; doch muß der Käufer dem Verkäufer die auf deren Erzielung verwendeten Kosten ersetzen. Die anderen Nutzungen werden zwischen beyden Theilen nach Maß der Dauer der Fruchtnießung getheilt (§. 519).

5) Ein gleiches Rechtsverhältniß ist zwischen beyden Theilen dann vorhanden, wenn das Kaufstück übergeben worden, nur mit dem Unterschiede, daß die Verpflichtungen, die im vorerwähnten Falle der Verkäufer zu erfüllen hat, dem Käufer obliegen (§§. 708 und 897). Der Käufer ist sohin berechtiget,

sich bis zum Eintritte der Bedingung als Eigenthümer der Sache, obgleich nur als beschränkten Eigenthümer, anzusehen (§. 613); er ist sohin, in so weit er sich als solcher benimmt, als redlicher Besitzer zu behandeln (§. 326); nur mit dieser Beschränkung kann der Satz verstanden werden, daß der Käufer in Rücksicht der Verbesserungen oder Verschlimmerungen gleich einem redlichen Besitzer behandelt werde. Auf ihn kann daher der §. 329, der dem redlichen Besitzer aus dem Grunde des redlichen Besitzes das Recht einräumet, die Sache, die er besitzt, ohne Verantwortung nach Belieben zu brauchen, zu verbrauchen, auch sogar zu vertilgen, nicht angewendet werden. Der Käufer hat daher allerdings für solche Verschlimmerungen zu haften, die in Hintansetzung der auch für ihn gültigen Vorschrift des §. 513 ihren Grund haben. Dagegen kann er nach Maßgabe der §§. 331 und 332 den Ersatz des gemachten nothwendigen oder nützlichen Aufwandes von dem Käufer bey Rückstellung der Sache ansprechen.

§. 1086.

Verkaufs-Auftrag.

Wenn Jemand seine bewegliche Sache einem Andern für einen gewissen Preis zum Verkaufe übergibt, mit der Bedingung, daß ihm der Uebernehmer binnen einer festgesetzten Zeit entweder das bestimmte Kaufgeld liefern, oder die Sache zurückstellen soll; so ist der Uebergeber die Sache vor Verlauf der Zeit zurück zu fordern nicht berechtigt; der Uebernehmer muß nach deren Ablauf das bestimmte Kaufgeld entrichten.

§. 1087.

Während der festgesetzten Zeit bleibt der Uebergeber Eigenthümer. Der Uebernehmer haftet ihm für den durch sein Verschulden verursachten Schaden, und es werden ihm bey Zurückstellung der Sache nur solche Kosten vergütet, die dem Uebergeber zum Nutzen gebrauchen.

§. 1088.

Ist die Sache unbeweglich; oder ist der Preis oder die Zahlungsfrist nicht bestimmt; so wird der Uebernehmer wie ein Gewalthaber angesehen. In keinem Falle kann die zum Verkaufe anvertraute Sache dem Dritten, welcher sie von dem Uebernehmer redlicher Weise an sich gebracht hat, abgefordert werden. (§. 367.)

1) Ein Auftrag zu einem Verkaufe wird überhaupt gegeben, wenn der Eigenthümer seine Sache Jemanden zu dem Ende übergibt, daß sie an Mann gebracht werden soll. Nach Beschaffenheit des Gegenstandes und der Bedingungen ist der Vertrag bald eine bloße Bevollmächtigung (§. 1002), bald ein davon verschiedener, eigentlicher Verkaufsauftrag, den man, weil er häufig mit Trödlern geschlossen wird, auch Trödlervertrag (contractus aestimatorius) zu nennen pflegt.

2) Schon Herr Hofrath v. Zeiller hat in seinem Commentare auf die Wichtigkeit des Unterschiedes zwischen diesen beyden Verträgen aufmerksam gemacht. — In dem ersten verbindet sich der Uebernehmer als Gewalthaber bloß zur Mühe, die Sache zu veräußern; er haftet nicht für den Erfolg, muß aber allen aus dem Geschäfte entspringenden Nutzen dem Machtgeber überlassen, und kann sich nur allenfalls eine Belohnung (Provision) von demselben bedingen (§§. 1004 u. 1009). In dem eigentlichen Verkaufsauftrage aber verbindet sich der Empfänger, entweder die Waare binnen der bestimmten Zeit wieder zurückzustellen, oder den bestimmten Kaufpreis nach Ablauf dieser Zeit für jeden Fall zu bezahlen, er mag diese Sache während der Zeit an Mann gebracht haben oder nicht.

3) Die Rechte, welche demnach aus dem Verkaufsauftrage für den Uebernehmer hervorgehen, bestehen im folgenden: a) daß er die Sache während der bestimmten Zeit behalten, b) daß er selbe gegen den festgesetzten Kaufpreis für sich als Eigenthum an sich bringen, oder c) auch an einen Dritten veräußern, und

den allfällig daraus gelösten Mehrbetrag des Kaufschillings sich zueignen könne. — Er hat die Wahl, die Sache vor Verlauf der Zeit wieder zurückzustellen, oder nach Verlauf derselben den bestimmten Kaufpreis zu entrichten. — Im ersten Falle muß er dem Uebergeber, weil dieser sein Eigenthumsrecht auf die Sache fortwährend behalten hat, auch die in der Zwischenzeit gezogenen Früchte und den Zuwachs, z. B. die Jungen des anvertrauten Mutterthieres, herausgeben, und ihm den während dieser Zeit aus seinem (Uebernehmers) Verschulden der Sache zugegangenen Schaden ersetzen. — Dagegen trägt der Uebergeber den zufälligen Schaden, und die zur fortdauernden Erhaltung oder Vermehrung der Nutzungen verwendeten Kosten.

4) Die Worte des Gesetzes, daß während der festgesetzten Zeit der Uebergeber Eigenthümer der Sache bleibe, unterliegen einer zweyfachen Beschränkung; denn a) steht dem Uebernehmer frey, sich auch vor Ablauf der Zeit durch Bezahlung des Kaufpreises zum Eigenthümer zu machen, und b) wird in dem Falle, als die Sache von dem Uebernehmer vor der Zeit an Jemanden gegen Entgeld veräußert würde, von diesem (vorausgesetzt, daß ihm keine Unredlichkeit zur Last fällt) das Eigenthum erworben, und geht daher für den Uebergeber verloren (§. 367).

5) Wenn während dieser Zeitfrist der Uebernehmer in Concurs verfiele, und die Waare noch unverwendet in der Masse vorhanden wäre, so könnte der Uebergeber selbe (falls der Preis dafür nicht schon entrichtet ist) als sein Eigenthum zurückfordern, oder die Gläubiger müßten den festgesetzten Preis dafür bezahlen.

6) Sehr zweifelhaft ist es, ob nach verstrichener Zeitfrist der Empfänger sogleich, und noch vor Entrichtung des Kaufgeldes Eigenthümer der Sache werde? — Herr Hofrath v. Zeiller beantwortet diese Frage bejahend, und führt dafür als Grund an, daß dem Uebernehmer das Kaufgeld geborgt worden sey (§. 1063). Allein gegen diese Behauptung lassen sich nicht unwichtige Bedenken erheben. Der §. 1063 läßt sich hier nicht in Anwendung bringen, weil dadurch mehr bewiesen würde, als bewiesen werden soll; denn nach diesem Paragraphe geht das

Eigenthum sogleich durch die Uebergabe an den Käufer über. — Wollte man daher diesen Paragraph auf den vorliegenden Fall in Anwendung bringen, so müßte man behaupten, daß der Uebernehmer von der Zeit an, als ihm die Sache übergeben wurde, als Eigenthümer derselben anzusehen sey, was offenbar mit dem §. 1087 im Widerspruche stünde. — Mehr scheinen mir die Worte dieses §. 1087 für die Meinung des Hrn. Hofrathes v. Zeiller zu sprechen, welche dahin lauten: Während der festgesetzten Zeit bleibt der Uebergeber Eigenthümer, aus welchen man daher e contrario zu schließen berechtigt zu seyn scheint, daß nach Verlauf der festgesetzten Zeit der Uebergeber aufhöre, Eigenthümer zu seyn, woraus dann von selbst folgen würde, daß das Eigenthum auf den Uebernehmer übergehe. Allein wir haben bereits auf einer Seite die Beschränkungen eingesehen, welchen die erwähnten Worte unterliegen (Nr. 4), und eine ähnliche Beschränkung dürfte auf dieser anderen, hier berührten Seite eintreten. Ueberhaupt ist bekanntlich bey Schlußfolgerungen e contrario behuthsam zu Werke zu gehen. — Ehe ich nun aber zur Erklärung des eigentlichen Sinnes dieser Worte und des wahren Umfanges derselben übergehe, muß ich auf die Erklärung zurückkehren, welche das Gesetz von einem Verkaufsauftrage gibt. — — Aus dieser (§. 1086) ist nähmlich zu ersehen, daß die Absicht des Verkäufers nichts weniger als dahin gehet, dem anderen Theile das Eigenthum der Sache auf Borg zu überlassen, indem er ihm die Sache nur in seine Innehabung mit dem Vorbehalte seines Eigenthumsrechtes hierauf und der Bedingung übergibt, daß er ihm bis zur festgesetzten Zeit entweder die Sache zurückstelle, oder den Kaufpreis bezahle. Nur zwischen diesen beyden Handlungen steht dem Berechtigten die Wahl frey; und hat er daher nach Ablauf der Zeit keine aus beyden unternommen, so muß dem Verkäufer frey stehen, ihn zu einer aus beyden zu zwingen. — Wollte man behaupten, daß der Uebernehmer nach Verlauf der Zeit eo ipso Eigenthümer werde, so müßte man zugeben, daß der Uebernehmer eine dreyfache Wahl habe: a) die Sache vor der bestimmten Zeit zurückzustellen, oder b) den Kaufpreis zu entrichten, oder c) sich ohne

Bezahlung des Kaufpreises zum Eigenthümer der Sache zu machen; während es doch in der deutlichen Absicht des Uebergebers liegt, daß ohne Bezahlung des Kaufpreises das Eigenthum der Sache auf den Andern nicht übergehen soll. — Die Worte: „während der festgesetzten Zeit bleibt der Uebernehmer Eigenthümer" müssen daher offenbar dahin gedeutet werden, daß ohne einen besonderen (inzwischen erfolgten) Act das Eigenthum der Sache für den Uebergeber während dieser Frist nicht verloren gehe, und er auch den andern Theil nicht zwingen könne, die Sache als Eigenthum zu übernehmen, welches letztere er jedoch nach Verlauf der bestimmten Zeitfrist zu thun berechtiget ist [1]).

7) Der Gegenstand des eigentlichen Verkaufsauftrages, von welchem die gegenwärtigen Paragraphe handeln, sind nur bewegliche Sachen. — Der Grund hiervon läßt sich leicht einsehen. Der Verkaufsauftrag, im Sinne des §. 1086, setzt die Uebergabe der Sache voraus, und diese hat hier lediglich den Zweck, damit der Empfänger durch diese in den Stand gesetzt werde, die Sache Anderen zur Einsicht vorzuhalten, und sich dadurch um Kauflustige zu bewerben. — Worin soll nun diese Uebergabe bey unbeweglichen Sachen bestehen? — in der Eintragung des Geschäftes in das öffentliche Buch — gewiß nicht, indem eine solche Eintragung für den berührten Zweck einerseits ganz nutzlos wäre, andererseits nur die Uebergabe zum Behufe des Eigenthumsrechtes selbst auf eine solche Art vollzogen wird. Durch die Einräumung der physischen Innehabung? — Allein auch diese stellt sich in Beziehung auf den oben angegebenen Zweck als überflüssig dar. Die unbewegliche Sache kann nicht von einem Orte zum andern übertragen und den Kauflustigen zur Schau gestellt werden; diese haben sich vielmehr von der rechtlichen Be-

1) Das preußische Landrecht scheint zwar (I. Th., 11. Tit., §. 513) der gegentheiligen Meinung das Wort zu sprechen, da es sagt: daß das Eigenthum der Sache mit Ablauf des Termins auf den Empfänger sofort übergehe. Allein der §. 515 fügt die Beschränkung hinzu: daß, wenn der Empfänger bis zum Ablauf des Termins den bestimmten Preis nicht liefert, der vorige Inhaber die Sache selbst, wenn sie sich bey dem Empfänger noch unverkauft befindet, zurückzunehmen berechtiget sey. — Diese Vorschriften sind daher auch mit meiner Erklärung vollkommen übereinstimmend.

schaffenheit derselben durch Einsichtnahme der öffentlichen Bücher, und von der physischen an Ort und Stelle, wo die Sache sich befindet, zu überzeugen. — Wird daher Jemanden der Auftrag gegeben, eine unbewegliche Sache zu verkaufen, so ist dieser Act als kein eigentlicher Verkaufsauftrag, im Sinne der gegenwärtigen §§., sondern als eine Bevollmächtigung anzusehen, und nach den daselbst aufgestellten Grundsätzen zu beurtheilen. — — Es ist zwar der Fall keineswegs ungedenkbar, daß Jemand einem Andern die Innehabung einer unbeweglichen Sache überläßt, und sich dabey ausbedingt, daß der Uebernehmer ihm binnen einer festgesetzten Zeit entweder ein bestimmtes Kaufgeld hiefür entrichte, oder ihm die Innehabung der Sache wieder zurückabtrete, und es ist kein Grund vorhanden, einen solchen Vertrag als ungültig zu erklären. — Allein ein solches ungewöhnliches Uebereinkommen muß strenge erwiesen werden, und es ist im Zweifel die Auslegung auf eine Art zu machen, daß dieses Uebereinkommen von der Natur und den Vorschriften, welche über den Bevollmächtigungsvertrag bestehen, so wenig als möglich abweiche; darum wird auch der Uebergeber in der Regel lediglich das Recht haben, nach Verlauf der festgesetzten Zeit die Sache wieder in seine Innehabung zurückzufordern, keineswegs aber das Kaufgeld zu verlangen.

8) Ebenso gehört es zur Wesenheit des Verkaufsauftrages (Trödelvertrages), daß der Preis und die Zahlungsfrist bestimmt werde. Wäre der Preis nicht bestimmt, so könnte der Uebergeber nicht verhalten werden, den von dem Uebernehmer angebothenen beliebigen Preis anzunehmen; noch weniger könnte aber der letztere genöthiget werden, den vom Uebergeber beliebig geforderten Preis zu bezahlen. — Hätte der Uebergeber dem Uebernehmer ausdrücklich überlassen, die Sache einem Dritten um einen beliebigen Preis zu verkaufen, und derselbe hätte sie auch wirklich um einen solchen hintangegeben, so müßte sich der Uebergeber allerdings damit begnügen, eben weil der Uebernehmer hier als ein Bevollmächtigter erscheint, und es keinem Zweifel unterliegen kann, daß ein Dritter bevollmächtiget werden könne, eine Sache um einen beliebigen Preis zu veräußern (§. 1008). Allein

eben daraus folgt auch, daß der Uebernehmer nicht selbst die Sache um einen beliebigen Preis an sich bringen könne, indem er nicht zugleich die Person des Verkäufers und die des Käufers repräsentiren kann, und das Gesetz nicht gestattet, daß die Festsetzung des Kaufpreises der Willkühr des Verkäufers oder Käufers überlassen werde (§. 1056).

9) Wäre die Zahlungsfrist nicht bestimmt, so könnte, wenn auch eine noch so lange Zeit verstrichen wäre, der Uebernehmer dem Uebergeber die Sache immer mit dem Vorgeben zurückstellen, daß er keinen gefunden habe, der die Sache um den bestimmten Preis an sich zu bringen Willens sey, und daß er, Uebernehmer, gleichfalls hierzu nicht geneigt sey, und auch der Uebergeber könnte die Sache nach Belieben zurückfordern (§. 1020).

§. 1089.

Auch bey gerichtlichen Verkäufen finden die über Verträge, und den Tausch und Kaufvertrag insbesondere aufgestellten Vorschriften in der Regel Statt; in so fern nicht in diesem Gesetze, oder in der Gerichtsordnung eigene Anordnungen enthalten sind.

1) Bey gerichtlichen, freywilligen oder nothwendigen Verkäufen müssen, wie bey dem Kaufvertrage überhaupt (§. 1066), in der Regel die allgemeinen Vorschriften über Verträge, über den Tausch und über den Kaufvertrag beobachtet werden; da dadurch die Natur des Geschäftes in seinen Hauptbestimmungen keine Aenderung erleidet. — Einzelne Abweichungen kommen theils in den zukömmlichen Orten dieses Gesetzbuches, theils in der Gerichtsordnung oder in den damit in Verbindung stehenden Verordnungen vor.

2) Jede Feilbiethung gleicht einem Verkaufe mit Vorbehalt eines besseren Käufers. Nachdem aber die Nebenbedingungen bey solchen gerichtlichen Feilbiethungen für jeden Kauflustigen gleich sind, so wird der Vorzug demjenigen gegeben, der den größeren Kaufschilling anbiethet. Bey freywilligen Licitatio-

nen, besonders in jenen Fällen, wo sich die Ratification des Eigenthümers oder dessen gesetzlichen Vertreters vorbehalten wird, können zwar ebenfalls besondere Eigenheiten eintreten, und der Verkäufer kann sich seine eigene Beurtheilung vorbehalten, wem er den Vorzug geben wolle. Bey nothwendigen Versteigerungen ist aber die Sache immer Demjenigen zu überlassen, der den größten Kaufschilling anbiethet. Darum ist auch in dem Momente, als ein höherer Kaufschillings-Anboth gemacht wird, der frühere Anbiether seines Versprechens enthoben. Ob bey freywilligen Versteigerungen, wo sich die Ratification vorbehalten wird, bis zum Ausspruche des Verkäufers die früheren Anbiether an ihr Versprechen gebunden seyen, ist zweifelhaft. Nach der gegenwärtigen Vorschrift scheint aber diese Frage bejahend beantwortet werden zu müssen; denn eben dadurch, daß sich von dem Eigenthümer die Ratification vorbehalten wird, erkläret derselbe, daß es seiner Beurtheilung anheim gestellt bleiben solle, wen er als den besseren Käufer ansehe; in einem solchen Falle bleibt aber die Wirklichkeit des Vertrages bis zum Eintritt der Bedingung aufgeschoben, und es steht dem Verkäufer frey, unter denjenigen, welche sich zum Kaufe der Sache um einen bestimmten Preis gemeldet haben, frey zu wählen, wer die Sache bekommen solle. Bis die Wahl geschehen ist, bleibt Jeder an sein Versprechen gebunden.

3) Die Art und Weise, wie bey gerichtlichen Feilbiethungen zu Werke gegangen wird, ist bereits bey Erläuterung des §. 461, Nr. 3 zur Sprache gekommen. — Hier sind nur noch die §§. 338 — 339 der allgemeinen, und der damit ganz übereinstimmenden §§. 447 — 452 der gallizischen Gerichtsordnung in Erinnerung zu bringen. Wenn bey einem außergerichtlichen Verkaufe der Käufer die bedungenen Zahlungsfristen nicht zuhält, so steht dem Verkäufer kein anderes Rechtsmittel, um zur Zahlung zu gelangen, zu Gebothe, als daß er diese schuldigen Kaufschillingsresten ordentlich einklage, und erst nach erwirktem Urtheile auf Zahlung kann er dieselbe executive eintreiben. Anders verhält es sich bey gerichtlichen (executiven) Feilbiethungen, bey welchen nach den oben citirten gesetzlichen Vorschriften der Meist-

biethende die bedungenen Zahlungsfristen um so genauer zu beobachten hat, als sonst das Gut auf Anlangen des Gläubigers sowohl als des Schuldners ohne neue Schätzung, und mit Anberaumung einer einzigen Frist auch unter der Schätzung auf seine Gefahr und Unkosten feilzubiethen und zu versteigern ist. Wenn er jedoch vor der Stunde, welche zur Versteigerung bestimmt ist, die rückständigen Währungen und aufgelaufenen Unkosten bar erlegte, so wären solche anzunehmen, und mit der Versteigerung nicht vorzugehen. — Auch ist angeordnet, daß das erstandene Gut dem Meistbiethenden nicht eher in das Eigenthum zu übergeben sey, als nachdem er den ganzen Kaufschilling erleget, oder für die bedungenen Zahlungsfristen hinlängliche Sicherheit gegeben, oder sich mit den Theilnehmern dießfalls einverstanden hat.

Wird nun aber in Folge eines solchen Einverständnisses der Käufer früher als Eigenthümer des erstandenen Gutes angeschrieben, als er den ganzen Kaufschilling erlegt hat, so scheint obige Anordnung nicht mehr einzutreten; sondern der rückständige Kaufschillingsrest im ordentlichen Rechtswege eingetrieben werden zu müssen.

Fünf und zwanzigstes Hauptstück.

Von Bestand-, Erbpacht- und Erbzinsverträgen.

§. 1090.

Bestandvertrag.

Der Vertrag, wodurch Jemand den Gebrauch einer unverbrauchbaren Sache auf eine gewisse Zeit und gegen einen bestimmten Preis erhält, heißt überhaupt Bestandvertrag.

1) Nach dem Tausch- und Kaufvertrage, wodurch das vollständige Eigenthum einer Sache überlassen werden soll, folgen nun solche entgeldliche Verträge, die nur die Uebertragung des Gebrauches, der Benützung oder des unvollständigen Eigenthums einer Sache zum Gegenstande haben.

2) Das Gesetzbuch beginnt mit dem Bestandvertrage, und erklärt in dem gegenwärtigen §., was es unter dem Bestandvertrage verstehe. — Nach dieser gesetzlichen Erklärung hat er mit anderen Verträgen Vieles gemein, unterscheidet sich aber wieder von ihnen durch wesentliche Merkmahle. Durch die Bestimmung, daß Jemanden der Gebrauch einer unverbrauchbaren Sache auf eine gewisse Zeit überlassen werde, nähert er sich dem Leihvertrage, unterscheidet sich aber von demselben wesentlich wieder darin, daß bey diesem für den Gebrauch kein Entgeld gegeben wird (§. 971); und dadurch, daß der Bestandnehmer dem Bestandgeber einen bestimmten Preis zu entrichten hat, welcher der Bestandzins genannt wird, hat er Aehnlichkeit mit dem Kaufvertrage, weil auch bey diesem von dem Käufer ein bestimmter Preis dem Verkäufer zu entrichten ist, welcher Kaufgeld heißt; allein er unterscheidet sich von diesem wesentlich dadurch, daß bey dem Kaufvertrage nicht bloß der Gebrauch einer Sache, sondern das wirkliche Eigenthum des Gegenstandes den anderen Contrahenten überlassen wird, und daß sowohl unverbrauchbare, als verbrauchbare Sachen verkauft, dagegen nur unverbrauchbare Sachen in

Bestand gegeben werden können. — Durch diese Merkmahle unterscheidet sich der Bestandvertrag auch von dem Tauschvertrage. Das besondere Merkmahl aber, wodurch sich jener von dem Kaufvertrage unterscheidet, ist, daß der Kaufpreis in barem Gelde bestehen muß, der Bestandzins aber auch in anderen Gegenständen bestehen kann, wogegen er gerade umgekehrt von dem Tauschvertrage darin abweicht, daß bey dem Tauschvertrage Sachen mit Sachen vergolten werden, wogegen der Bestandzins auch in Geld bestehen kann, und auch wirklich der Regel nach in Geld bestehet. — Mit dem (verzinslichen) Darleihen hat der Bestandvertrag gemein, daß jenes so wie dieser auf eine bestimmte Zeit geschlossen, und ein bestimmter jährlicher Zins abgereicht wird; dagegen unterscheidet er sich darin, daß bey dem Darleihensvertrage verbrauchbare Sachen, und zwar nicht zum bloßen Gebrauche, sondern zur willkührlichen Verfügung übergeben werden (§. 983).

§. 1091.

Mieth- und Pachtvertrag.

Der Bestandvertrag wird, wenn sich die in Bestand gegebene Sache ohne weitere Bearbeitung gebrauchen läßt, ein Miethvertrag; wenn sie aber nur durch Fleiß und Mühe benützt werden kann, ein Pachtvertrag genannt. Werden durch einen Vertrag Sachen von der ersten und zweyten Art zugleich in Bestand gegeben; so ist der Vertrag nach der Beschaffenheit der Hauptsache zu beurtheilen.

1) Der Bestandvertrag faßt als Gattung zwey Arten der Verträge in sich, die ganz natürlich die im vorigen §. beschriebenen Merkmahle gemein haben, sich aber durch andere Kennzeichen wieder unterscheiden müssen. Diese Verträge sind der Mieth- und der Pachtvertrag. Das Unterscheidungs-Merkmahl liegt in der Eigenschaft des Objectes, welches zum entgeldlichen Gebrauche überlassen wird. Ist dasselbe nähmlich von der

Art, daß es ohne Cultur oder Bemühung zum Gebrauche und Nutzen dienet, wie z. B.: Gebäude, Geräthschaften, Wagen, Pferde u. dgl., so nennt man den Bestandvertrag einen Miethvertrag; ist dasselbe aber nur dann geeignet, einen angemessenen Nutzen oder Gewinn abzuwerfen, wenn man Mühe oder Arbeit damit verbindet, so heißt der Bestandvertrag insbesondere Pachtvertrag. Dergleichen Gegenstände sind z. B. Grundstücke, welche bearbeitet werden müssen, damit selbe Früchte tragen, Fabriken, die nur durch industrielle Bemühungen gewinnbringend gemacht werden, Schauspiel-Unternehmungen, Gefälle, wie Wegmauthen, Verzehrungssteuer u. s. w.

2) Oefters geschieht es, daß durch einen und denselben Vertrag Sachen von der ersten und zweyten Gattung zugleich in Bestand gegeben werden, z. B.: es befinden sich bey der in Bestand gegebenen Landwirthschaft, Wohngebäude, Geräthschaften u. s. w., oder bey einem Wohngebäude befindet sich ein Garten. In einem solchen Falle ist der Vertrag nach Beschaffenheit der Hauptsache zu beurtheilen. — Er wird daher im ersten Falle als ein Pachtvertrag, im letzten Falle aber als ein Miethvertrag anzusehen seyn. — Es stimmen zwar beyde Arten dieser Verträge, wie die folgenden §§. lehren, in verschiedenen Beziehungen miteinander überein, aber sie unterscheiden sich auch wieder in vielen Stücken; daher es auch vielfach wesentlich ist, zu bestimmen, unter welche Art dieser beyden Verträge ein Bestandvertrag gereihet werden müsse.

§. 1092.

Erforderniße.

Mieth- und Pachtverträge können über die nähmlichen Gegenstände und auf die nähmliche Art, als der Kaufvertrag geschlossen werden. Der Mieth- und Pachtzins wird, wenn keine andere Uebereinkunft getroffen worden ist, wie das Kaufgeld entrichtet.

1) Der Bestandvertrag unterscheidet sich, wie bereits vorne bemerkt worden ist, von dem Kaufvertrage wesentlich darin, daß

bey dem letzteren nicht bloß der Gebrauch einer Sache, sondern das wirkliche Eigenthum des Gegenstandes dem anderen Contrahenten überlassen wird. Allein da der Gebrauch einer Sache selbst wieder als eine Sache im rechtlichen Sinne des Wortes angesehen werden kann (§. 285); so wird in dieser Beziehung der bemerkte Unterschied aufgehoben, und der Bestandvertrag ist daher in dem Falle, als der Bestandzins entweder ganz oder zum größten Theile in barem Geld entrichet wird, als ein Kaufvertrag anzusehen, wobey jedoch zur Vermeidung von Mißverständnissen immer vor Augen zu halten ist, daß nicht die Sache selbst, sondern lediglich der Gebrauch der Sache Gegenstand dieses Kaufvertrages sey. Bestünde der Bestandzins nicht in barem Gelde, sondern in anderen Sachen, z. B.: Weinen, Getreide u. s. w., so wäre der Bestandvertrag in dieser Hinsicht als ein Tauschvertrag anzusehen.

2) Der Ausspruch des gegenwärtigen §., daß die nähmlichen Gegenstände, über welche ein Kaufvertrag geschlossen werden kann, auch in Bestand gegeben werden können, erhält durch den vorhergehenden §. 1090 eine Beschränkung; denn Kaufverträge können auch über verbrauchbare Gegenstände geschlossen werden, Bestandverträge aber bloß über unverbrauchbare. Daher sind nur jene unverbrauchbare Sachen, über welche ein Kaufvertrag geschlossen werden kann, Gegenstände des Bestandvertrages. Auch darf man nicht den umgekehrten Schluß ziehen, daß über Sachen, worüber wegen des beschränkten Rechtes des Eigenthümers kein Kaufvertrag geschlossen werden darf, ebenfalls kein Bestandvertrag errichtet werden dürfe; denn der Besitzer eines unveräußerlichen Familiengutes ist, so lange er im Besitze ist, nicht gehindert, dasselbe bestandweise hintanzugeben.

3) Die Einwilligung muß eben so, wie bey den Verträgen überhaupt, erkläret werden (§. 869); auch gelten in Ansehung der Fähigkeit der Personen die allgemeinen Vorschriften über Verträge (§§. 865 — 868). Dabey wird hier aufmerksam gemacht, daß zwar nicht die Miethverträge, wohl aber die Pachtverträge unter diejenigen gehören, zu deren Rechtsgültigkeit nebst der Einwilligung des Vertreters eines Curanden, auch die Ge-

nehmigung des Gerichtes hinzutreten muß (§. 233). So wie ein Kaufvertrag, kann auch der Bestandvertrag schriftlich oder mündlich, ja — auch stillschweigend geschlossen werden (§§. 863 — 883); überhaupt gelten hier die Bestimmungen der §§. 884 — 887.

4) Der Bestandpreis wird gewöhnlich so, wie der Kaufpreis, festgesetzt, und besteht auch gewöhnlich in barem Gelde. — Indessen ist in keiner Stelle des Gesetzbuches vorgeschrieben, daß er in barem Gelde bestehen müsse, und selbst der gegenwärtige §., welcher die Bestandverträge mit Kaufverträgen in einen gewissen Einklang bringt, sagt nicht, daß jene auf die nähmliche Art, wie die Kaufverträge, geschlossen werden müssen. Das Gesetz hat hier nur den gewöhnlichen Fall vor Augen; daß es aber die Entrichtung des Bestandzinses in barem Gelde nicht für wesentlich ansehe, gehet aus dem §. 1103 hervor, wie bey Erläuterung desselben umständlicher gezeigt ist. Uebrigens muß der Preis bestimmt und nicht gesetzwidrig seyn, und es sind sich daher hier auch die §§. 1055 — 1060 vor Augen zu halten. Wird eine Verletzung über die Hälfte behauptet, so ist nicht der Werth der in Bestand gegebenen Sache selbst, sondern lediglich der des Gebrauches derselben in Anschlag zu bringen, da nur dieser als verkauft anzusehen ist.

§. 1093.

Der Eigenthümer kann sowohl seine beweglichen und unbeweglichen Sachen, als seine Rechte in Bestand geben; er kann aber auch in den Fall kommen, den Gebrauch seiner eigenen Sache, wenn er einem Dritten gebührt, in Bestand zu nehmen.

1) So wie ein Kaufvertrag sowohl über bewegliche als unbewegliche, ja sogar über unkörperliche Sachen oder Rechte geschlossen werden kann, so kann auch der Eigenthümer sowohl seine beweglichen und unbeweglichen (jedoch unverbrauchbaren) Sachen als seine Rechte in Bestand geben. — So kann ein Haus, eine Wohnung, ein Gewölb, eine Stallung, ein Pferd,

das Zehentrecht, eine Bibliothek, Einrichtungsstücke und Fahrnisse, ja selbst persönliche Servituten, z. B. das Fruchtnießungsrecht, in Bestand gegeben werden, weil, ob sie schon auf die Person des Berechtigten beschränkt sind, doch die Ausübung, mithin der Gebrauch desselben, einem Anderen unentgeldlich oder gegen Entgeld überlassen werden kann. — Dingliche Servituten entgegen können, da sie dem herrschenden Gute ankleben, zwar mit demselben, aber nicht abgesondert, in Bestand gegeben werden, weil sie sich von demselben nicht trennen lassen, folglich weder für sich bestehen, noch auf ein anderes Gut übertragen werden können. Personal-Gewerbe müssen von dem Acquirenten selbst betrieben, und dürfen nicht in Bestand verlassen werden [1]).

2) Ein Miteigenthümer kann die ihm mit einem Andern gemeinschaftliche Sache in Bestand nehmen, auch der Obereigenthümer die Sache des Nutzungs-Eigenthümers; allein der vollständige und unumschränkte Alleineigenthümer einer Sache kann sie nicht in Bestand nehmen, weil ihm der Gebrauch derselben schon aus dem Eigenthumsrechte zusteht, und er mit sich selbst den Bestandvertrag schließen müßte. Ist er aber in Ausübung seines Eigenthumsrechtes in der Art beschränkt, daß der Gebrauch der Sache einem Dritten gebührt, wie z. B. bey der Bestellung einer Fruchtnießung, so kann der Eigenthümer allerdings in die Lage kommen, seine eigene Sache in Bestand zu nehmen. — Wird eine Realität in Bestand gegeben, so müssen dem Bestandnehmer alle Zugehörungen derselben übergeben werden, von welchen er jedoch ebenfalls nur den Gebrauch, nicht das Eigenthum erlanget [2]).

§. 1094.

Wirkung.

Sind die vertragschließenden Theile über das Wesentliche des Bestandes, nähmlich über die Sa-

1) Hofverordnung vom 2. December 1781.

2) Vergleiche die Abhandlung über den Mieth- und Pachtvertrag von (weiland) Hrn. Reg. Rathe v. Scheidlein, S. 13 und 14. Bey Bestandverlassung des Zehentrechtes ist der Eigenthümer beschränkt, daß er vor allen erst den Zehentholden den Bestand anbiethen müsse. (Circ. vom 31. May 1797.)

che und den Preis übereingekommen; so ist der Vertrag vollkommen abgeschlossen, und der Gebrauch der Sache für gekauft anzusehen.

1) Die gegenwärtige gesetzliche Vorschrift zeigt, daß der Bestandvertrag ein Consensual-Vertrag sey, und daß die Uebergabe des Vertrags-Objectes nur zur Erfüllung des Vertrages, keineswegs aber zur vollendeten Abschließung des Vertrages selbst gehöre. — Aus der oben §. 1090 gegebenen Definition des Bestandvertrages könnte Mancher versucht werden, zu schließen, daß derselbe erst dann für geschlossen zu halten sey, wenn die Sache dem Bestandnehmer übergeben worden ist. — Allein ein solcher Schluß könnte sich nur auf eine unrichtige Deutung des Wortes „überlassen" gründen, welches mit dem Ausdrucke „übergeben" nicht identisch ist, wie aus dem Inhalte der §§. 1045 und 1053 klar hervorgehet.

2) Der Bestandvertrag verleiht daher dem Bestandnehmer das Recht, nach Verlauf der festgesetzten Zeit auf die Uebergabe der Sache zu dringen. Unter der Uebergabe wird aber hier nur die Uebertragung der Sache in die Macht und Gewahrsame des Bestandnehmers, und nicht etwa die bücherliche Eintragung, von welcher bey der Erwerbung des Eigenthums einer unbeweglichen Sache durch Uebergabe die Rede ist (§. 431), verstanden. Diese Uebergabe erwirkt auch nicht einmahl ein Besitzrecht des Bestandgebers in Bezug auf die ihm zum Gebrauche übergebene Sache; sondern nur ein mit dem Befugnisse der Benützung verbundenes Recht der Innehabung. Daraus kann man aber nicht schließen, daß dem Bestandnehmer durch die Uebergabe gar kein Besitzesrecht eingeräumt werde; er tritt vielmehr dadurch in den Besitz des Rechtes, die Sache zu gebrauchen. Denn, wie bereits früher erwähnt worden ist, ist das Recht des Gebrauches selbst als eine (obgleich unkörperliche) Sache anzusehen, dessen Eigenthum dadurch an den Bestandnehmer übergeht, und sohin auch für ihn den Besitz dieses Rechtes begründet. Der §. 312 sagt ja, daß man in den Besitz unkörperlicher Sachen oder Rechte durch den Gebrauch derselben in eigenem Nahmen gelange; nun ist hier die physische Innehabung der Sache der Anfang, und die conditio sine qua non des Gebrauches derselben.

§. 1095.

Wenn ein Bestandvertrag in die öffentlichen Bücher eingetragen ist; so ist das Recht des Bestandnehmers als ein dingliches Recht zu betrachten, welches sich auch der nachfolgende Besitzer auf die noch übrige Zeit gefallen lassen muß.

1) Das aus dem Bestandvertrage für den Bestandnehmer hervorgehende Recht ist seiner Natur nach ein persönliches Recht, welches aber durch die Eintragung in die öffentlichen Bücher als ein dingliches wirksam wird (§. 307 Nr. 4). Es unterliegt keinem Zweifel, daß der Bestandnehmer die unbedingte Eintragung in die öffentlichen Bücher bewirken könne, wenn ihm das Befugniß, dieselbe anzusuchen, von dem Bestandgeber in dem Bestandvertrage selbst, oder nach der Hand in einer besonderen Urkunde ausdrücklich eingeräumt worden ist, und diese Vertrags- oder besondere Urkunde die vorgeschriebenen Förmlichkeiten zur Einverleibung hat, und daß er im Mangel der letzteren wenigstens die bedingte Eintragung verlangen könne; hat aber der Bestandgeber ihm dieses Befugniß nicht eingeräumt, und sich in dem Bestandvertrage nicht erklärt, daß er auch die nachfolgenden Besitzer verbindlich machen wolle; so kann die Eintragung in die öffentlichen Bücher nicht Statt finden, weil es nicht in dem Belieben des Bestandnehmers liegen kann, das ihm eingeräumte persönliche Recht ohne Einstimmung des Bestandgebers in ein dingliches Recht zu verwandeln. Die vom Hrn. Regierungsrathe v. Scheidlein [1]) gegen dieses Raisonnement vorgebrachte Einwendung, daß jede sich auf eine glaubwürdige Urkunde gründende Forderung an den Besitzer einer Realität, wo nicht intabulirt, doch wenigstens pränotirt werden kann, und der Bestandnehmer in der Rechtfertigung der Pränotirung lediglich seine ihm aus dem Bestandvertrage hervorgehende persönliche Forderung zu beweisen habe, findet in dem, was bey Erläuterung des §. 453 gesagt worden ist, ihre Widerlegung.

---

1) Am a. O. S. 20 — 21.

2) Ist aber die Eintragung auf eine rechtliche Weise geschehen, so frägt es sich, zu welcher Gattung der dinglichen Rechte das aus dem Bestandvertrage entstandene Recht gezählet werden müsse? — Da der §. 308 nur fünf Gattungen der dinglichen Sachenrechte benennt, so glauben Einige, das dingliche Recht des Bestandnehmers in eine derselben einreihen zu müssen; wobey ihnen nichts erübriget, als dasselbe unter die persönlichen Servitutsrechte zu zählen, mit welchen es auch am meisten Aehnlichkeit hat, weil der Eigenthümer der Realität dadurch verpflichtet wird, zu dulden, daß der Bestandnehmer das Bestandstück während der bedungenen Zeit gebrauche oder genieße, welche Verpflichtung auch durch diese Eintragung dem Bestandstücke anklebend, sohin dasselbe gleichsam zu einem dienenden Gute gemacht wird. Allein ungeachtet dieser Aehnlichkeit unterscheidet sich dieses dingliche Recht des Bestandnehmers von einem persönlichen Servitutsrechte. Das letztere ist so innig mit dem dienenden Gute verbunden, daß selbes nicht einmahl bey executiven Versteigerungen erlischt, sondern an den neuen Besitzer übergeht, was in Ansehung des dem Bestandnehmer zustehenden Rechtes nicht der Fall ist (§. 1121). Dagegen geht das grundbüchlich einverleibte Recht des Bestandnehmers ohne Zweifel auch auf seine Erben über (§. 948), was bey den persönlichen Servitutsrechten der Regel nach der Fall nicht ist (§. 529). Durch die Eintragung in die öffentlichen Bücher werden auch die aus dem Bestandvertrage hervorgehenden Rechte und Verpflichtungen nur in so weit geändert, daß auch jeder nachfolgende Besitzer des Bestandstückes die von dem Bestandgeber eingegangene Verbindlichkeit erfüllen muß. — Es ist aber nicht nothwendig, das dem Bestandnehmer durch die Eintragung in die öffentlichen Bücher erwachsene dingliche Recht unter die im §. 308 aufgeführten fünf Gattungen der dinglichen Rechte einzureihen, weil in diesem nur die ihrer Natur nach dinglichen Rechte benannt wurden; durch die Eintragung in das öffentliche Buch aber jedes

persönliche Sachenrecht seiner Wirkung, nicht seiner Natur nach, in ein dingliches umgeändert wird [1]).

3) Der gegenwärtige §. verbindet mit der Eintragung des Bestandvertrages in die öffentlichen Bücher lediglich die Wirkung, daß sich auch der nachfolgende Besitzer das Recht des Bestandnehmers auf die noch übrige Zeit gefallen lassen müsse. — Allein es frägt sich, ob denn die Wirkung der Eintragung in die öffentlichen Bücher auf diese allein beschränkt sey, und ob dem in das öffentliche Buch eingetragenen Bestandnehmer nicht auch Rechte gegen Diejenigen zustehen, welche sich in der Ausübung eines Bestandrechtes befinden? — Hat z. B. Derjenige, der mit dem Hauseigenthümer einen schriftlichen Miethvertrag geschlossen, und denselben zur Einverleibung gebracht hat, das Recht, Denjenigen, der bisher die Wohnung gemiethet hatte, mit einer Klage zu verfolgen, und ihn aus der Wohnung zu verdrängen? Hätte der Bestandnehmer durch die Eintragung des Bestandvertrages ein Servitutsrecht erworben, so könnte demselben dieses Recht gar nicht beanständet werden, weil dieses Recht eine dingliche Klage gegen alle Jene gibt, die den Servitutsberechtigten in der Ausübung seines Rechtes stören wollen. Dieses Recht haftet auf der Sache selbst, — es steht dem Berechtigten über die dienstbare Sache ohne Rücksicht auf gewisse Personen zu; er kann Jedermann von dem Gebrauche der Sache ausschließen; und sohin ist er auch berechtigt, denjenigen, der im Gebrauche der Sache begriffen ist, und kein dingliches Recht auf die Sache selbst erworben hat, aus dem Genusse zu vertreiben. Die bloße Eintragung des Bestandcontractes in die öffentlichen Bücher ohne Constituirung einer eigentlichen Servitut scheint aber diese Wirkung nicht hervorzubringen. Durch den Bestandvertrag hat sich der Bestandgeber als Besitzer der in Bestand gegebenen Sache

1) Herr Reg. Rath v. Scheidlein, welcher in seiner obigen Abhandlung das aus dem Bestandvertrage hervorgehende Recht des Bestandnehmers im Falle der Eintragung gleichfalls unter die Servituten zählt, scheint sich dadurch in einen Widerspruch verwickelt zu haben, indem er zum Beweise, daß der Bestandnehmer auch ohne Einwilligung des Bestandgebers diese Eintragung erwirken könne, sich auf den §. 453 beruft, — der doch ausdrücklich von Erwirkung eines bedingten Pfandrechtes spricht.

lediglich zu einer persönlichen Leistung verpflichtet, und die Eintragung des Bestandvertrages in die öffentlichen Bücher hat daher nur den Zweck, sich der richtigen Erfüllung dieser persönlichen Verpflichtung zu versichern. Diese Verpflichtung geht daher als dingliche Last von einem Besitzer der in Bestand gegebenen Sache an den andern über, hat aber auf das Contracts-Verhältniß eines Dritten mit dem Bestandgeber keinen Einfluß. — Durch die Eintragung des Bestandvertrages in die öffentlichen Bücher erlangt der Bestandnehmer nur die Sicherstellung seiner Forderung, keineswegs aber den wirklichen Besitz; denn nur der Besitz eines (seiner Natur nach) dinglichen Rechtes wird durch die Eintragung in die öffentlichen Bücher erworben (§. 321), und nur in dem Falle, wenn der Bestandnehmer als Besitzer der ihm aus dem Bestandvertrage zukommenden Rechte anzusehen wäre, könnte er gegen diejenigen, welche bereits in Ausübung von Bestandrechten begriffen sind, mit einer Klage verfolgen. — Daß diese Ansicht in dem Geiste des österreichischen Gesetzbuches gegründet sey, scheint selbst aus einer Vergleichung dieses Gesetzbuches mit dem preußischen Landrechte hervorzuleuchten. Es ist gewiß kein Zweifel, daß man bey Verfassung des bürgerlichen Gesetzbuches sich die Bestimmungen des preußischen Landrechtes vor Augen gehalten habe. Es ist nun eine originelle Beschaffenheit dieses Gesetzes, daß es den Pachtvertrag unter der allgemeinen Aufschrift: „vom eingeschränkten Nutzungsrechte" in dem nähmlichen Titel abhandelt, in welchem auch die Lehre vom Nießbrauche (Fruchtnießung) erscheint, und dadurch offenbar eine verwandtschaftliche Natur zwischen beyden annimmt. Dagegen hat das österreichische Gesetzbuch zwischen denjenigen Rechten, welche Jemanden in Folge einer eingeräumten Servitut auf eine Sache zustehen, und denjenigen, die ihm durch einen Bestandvertrag eingeräumt worden, eine die Natur der beyden Rechte genau bezeichnende Scheidelinie dadurch gezogen, daß sie die ersteren bey den dinglichen, die letzteren dagegen bey den persönlichen Sachenrechten abhandelt. — Selbst aus der Vergleichung des westgallizischen Gesetzbuches mit dem gegenwärtigen kann die Begründung dieser Meinung hergehohlet

werden; indem das erstere (III. Th., §. 231) sagt, daß durch die Eintragung des Mieth- oder Pachtvertrages in das öffentliche Buch das persönliche Recht in eine Grundservitut verwandelt werde, welcher Zusatz in dem gegenwärtigen §., der übrigens die gleiche Bestimmung, wie der vorne erwähnte des westgallizischen Gesetzbuches enthält, wie es scheint, mit Vorbedacht weggelassen worden ist.

§. 1096.

Wechselseitige Rechte: 1) In Hinsicht auf Ueberlassung, Erhaltung, Benützung.

Die Vermiether und Verpächter sind verpflichtet, das Bestandstück auf eigene Kosten in brauchbarem Stande zu übergeben und zu erhalten, und die Bestandinhaber in dem bedungenen Gebrauche oder Genusse nicht zu stören. Die gewöhnlichen Ausbesserungen der Wirthschaftsgebäude hat der Pächter nur in so weit, als sie mit den Materialien des Gutes, und den Diensten, die er nach Beschaffenheit des Gutes zu fordern berechtiget ist, bestritten werden können, selbst zu tragen, die übrigen aber dem Verpächter zur Besorgung anzuzeigen.

1) Nachdem in den vorhergehenden Paragraphen von der Natur des Bestandvertrages, dann von den Eintheilungen, Erfordernissen und der Wirkung desselben gehandelt worden ist, geht nun das Gesetz auf die Bestimmung der wechselseitigen Rechte und Pflichten des Bestandgebers und Bestandnehmers über.

2) Die erste Pflicht des Bestandgebers ist, das Bestandstück auf eigene Kosten dem Bestandnehmer im brauchbaren Stande zu übergeben. Dadurch unterscheidet sich der Bestandvertrag wesentlich von der Einräumung der Servitut, der Fruchtnießung oder des Gebrauches. Wird nähmlich eine Wohnung vermiethet, so hat der Vermiether dafür zu sorgen, daß sie mit Thüren, Schlössern, Oefen und Fenstern versehen sey; wird ein Acker

verpachtet, so muß er in einem solchen Stande seyn, daß auf demselben durch Bearbeitung Früchte erzielt werden können, und wäre er es nicht, so hätte der Verpächter dafür zu sorgen, daß er in diesen Zustand gesetzt werde. Räumt dagegen Jemand einem Andern das Servitutsrecht der Fruchtnießung des Wohngebäudes oder des Ackers ein, so verpflichtet er sich lediglich zu einer Duldung, keineswegs aber auch zu einer positiven Leistung. Der Servitutsberechtigte übernimmt die Wohnung oder den Acker in dem Zustande, worin sie sich befinden, und es ist dann seine Sache, den Gegenstand der Servitut zu seinem Gebrauche herzustellen.

3) Der §. bedient sich des Ausdruckes „brauchbarem Stande." Unter diesem wird nun eine solche Beschaffenheit der Sache verstanden, welche sie zu dem Zwecke, zu dem sie vertragsmäßig benützt werden sollte, tauglich macht. Wäre die Sache vor der Uebergabe außer Verkehr gesetzt worden (§. 880), oder wäre auch nur ein beträchtlicher Theil davon durch Zufall zu Grunde gegangen oder unbrauchbar geworden; so kann, wie v. Zeiller bereits bemerkte, von dem Bestandmanne die Uebernahme und Erfüllung des Vertrages verweigert werden. — Da zur gehörigen Benützung eines Landgutes auch ein gehörig bestellter fundus instructus gehört, so ist der Bestandgeber auch verbunden, das Bestandstück mit demselben zu versehen.

4) Der Bestandgeber ist aber auch verpflichtet, die Sache im brauchbaren Stande zu erhalten. Daraus geht die Verpflichtung des Vermiethers einer Wohnung hervor, das zum Gebrauche derselben nothwendige Zugehör, wenn es ohne Verschulden des Bestandnehmers durch den ordentlichen Gebrauch schadhaft wird, auf seine Kosten ausbessern zu lassen, und wenn es durch Zufall zu Grunde geht, an die Stelle des zu Grunde gegangenen ein neues zum Gebrauche dienliches auf seine Kosten anzuschaffen, z. B. an die Stelle der vermoderten Breter des Fußbodens neue einlegen, oder an die Stelle des altershalber zusammengefallenen Ofens einen neuen setzen zu lassen [1]). Uebri-

1) Siehe die erwähnte Abhandlung des Hrn. Reg. Rathes v. Scheidlein S. 21.

gens ist, wie v. Zeiller bemerkt, der Bestandnehmer verbunden, dem Bestandgeber die Anzeige zur Besorgung zu machen, widrigen Falles haftet er für den weiteren daraus entspringenden Schaden (§. 1295).

5) Wenn nun der Bestandgeber selbst zur Erhaltung der Sache, sohin zu einer positiven Leistung verbunden ist, so ist es um so mehr seine Pflicht, sich von allen jenen Handlungen zu enthalten, wodurch der Bestandnehmer in seinem Gebrauchsrechte gestöret würde. — Würde daher der Bestandgeber einen Bau unternehmen, wodurch der Bestandnehmer in dem Gebrauche der Wohnung gehindert würde, oder würde jener eine Verfügung treffen, wodurch dieser auch nur auf einige Zeit in der Bearbeitung des Ackers oder in der Einsammlung der Früchte gehindert würde; so wäre er hiefür verantwortlich. — Uebrigens ist es klar, daß der Bestandgeber den Bestandnehmer von einem vertragswidrigen Gebrauche der Sache abzuhalten befugt sey.

6) Aus dem, daß der Bestandgeber verpflichtet ist, das Bestandstück in brauchbarem Stande zu erhalten, folgt unmittelbar, daß er schuldig sey, den zur Herstellung des Bestandstückes erforderlichen Aufwand zu machen, so bald ihm von dem Bestandnehmer die Anzeige zur Besorgung gemacht worden ist. Diese Regel leidet in Ansehung der Miethungen keine Ausnahme. Dagegen findet eine Einschränkung dieser Vorschrift bey Pachtungen von Landgütern Statt, bey welchen sich Wirthschaftsgebäude befinden. Hier muß der Pächter die gewöhnlichen Ausbesserungen in so weit bestreiten, als sie mit den auf dem Gute erzeugten Materialien, z. B. mit dem in dem zum Gute gehörigen Walde gefällten Bauholze u. s. w., und mit den Diensten, die er nach Beschaffenheit des Gutes zu fordern berechtiget ist, also mit den Robothen, welche die Grundholden zu leisten schuldig sind, sohin ohne in die Nothwendigkeit versetzt zu seyn, eine bare Geldauslage machen zu müssen, bestritten werden können. Ganz neue Herstellungen oder solche Ausbesserungen, welche durch außerordentliche Zufälle, z. B. durch eine Ueberschwemmung, nothwendig werden, liegen auch hier dem Verpächter ob. Jedoch ist

der Pächter, so wie der Bestandnehmer überhaupt, zur Anzeige verpflichtet (Nr. 4). Daß übrigens der Bestandnehmer den bloß zur Erzielung des ihm eingeräumten Genusses oder zum bequemeren oder anständigeren Gebrauche der Sache dienlichen Aufwand selbst tragen müsse, bedarf, wie v. Zeiller bemerkt, keines Beweises. Das, was hier von Wirthschaftsgebäuden gesagt worden ist, scheint auch auf den fundus instructus angewendet werden zu müssen, da er im rechtlichen Sinne einen Theil derselben ausmachet.

§. 1097.

Hat der Bestandnehmer einen dem Bestandgeber obliegenden nothwendigen, oder einen nützlichen Aufwand auf das Bestandstück gemacht; so wird er als ein Geschäftsführer ohne Auftrag betrachtet (§. 1036); er muß aber den Ersatz längstens binnen sechs Monathen nach Zurückstellung des Bestandstückes gerichtlich fordern, sonst ist die Klage erloschen.

1) Wenn der Bestandgeber den ihm obliegenden Aufwand (§. 1096) unterläßt, so hat der Bestandnehmer das Recht, ihn zur Erfüllung gerichtlich anzuhalten (§. 904), ja selbst den Bestand aufzugeben (§. 1117). Macht aber der Bestandnehmer diesen Aufwand selbst, weil der Bestandgeber denselben zu machen sich weigert, oder bey vorhandener Gefahr mit Vornahme der Ausbesserungen zaudert, oder zu weit entfernt ist, daß er von der Nothwendigkeit derselben zeitig benachrichtigt werden könnte; so vertritt er die Stelle des Bestandgebers, mithin muß ihm von diesem der Ersatz ebenso geleistet werden, wie jedem Geschäftsführer, welcher auch unberufen einen nothwendigen und zweckmäßigen Aufwand auf eine fremde Sache gemacht, und solchergestalt ein fremdes Geschäft zur Abwendung eines bevorstehenden Schadens besorgt hat (§. 1036). Hat er aber einen bloß nützlichen, d. i. einen solchen Aufwand gemacht, wodurch die Nutzungen fortdauernd vermehrt worden sind, und die Sa-

che nicht nur für ihn, sondern auch seiner Zeit für den Bestandgeber einträglicher wird, z. B. wenn er zum Landgute gehörige öde Gründe urbar gemacht hat; so gebührt ihm der Ersatz nur in so weit, als diese Kosten zum klaren überwiegenden Vortheile des Bestandgebers verwendet worden sind, weil auch der Eigenthümer dem Geschäftsführer ohne Auftrag nur in so weit verbunden ist, den nützlichen Aufwand zu ersetzen (§. 1037).

2) Der Grund, aus welchem der Bestandnehmer in Hinsicht des auf die Sache gemachten Aufwandes als ein Geschäftsführer ohne Auftrag betrachtet wird, liegt, wie v. Scheidlein bemerkt [1]), darin, weil auf ihn nur das Recht, die Sache in dem Stande, in welchem sie ihm übergeben worden ist, zu gebrauchen, übertragen worden, und er, wenn sie auf ihn in einem nicht brauchbaren Zustande übertragen worden wäre, oder während der Bestandzeit ganz oder zum Theile unbrauchbar würde, befugt ist, die nöthigen Ausbesserungen dem Bestandgeber anzuzeigen, und ihn zur Vornehmung derselben zu belangen, er also eigentlich gar keine Veränderungen in der Substanz der Sache vornehmen sollte, und darum sie, wenn er sie vornimmt, auf seine Gefahr vornimmt. Daß der Bestandnehmer das, was er verwendet hat, wegnehmen könne, wenn es sich ohne Verletzung der Substanz wegnehmen läßt, z. B. die Statuen, mit denen er den zu seinem gepachteten Landgute gehörigen Garten hat verzieren lassen, ist nicht nur in der Analogie des §. 332, sondern vielmehr in dem deutlichen Ausspruche des §. 1109 gegründet, vermöge welchem der Bestandnehmer nur verpflichtet ist, die Sache in dem Zustande, in dem er sie übernommen hat, zurückzustellen. Für einen gegen den gültig erklärten Willen des Bestandgebers gemachten, wiewohl nützlichen Aufwand kann der Bestandnehmer keinen Ersatz fordern (§. 1040); und hätte der Bestandnehmer eigenmächtig so wichtige Veränderungen vorgenommen, daß die Sache zu dem Zwecke, wozu der Bestandgeber sie bisher benützt hatte, unbrauchbar wird, so kann der Bestandgeber verlangen, daß der Bestandnehmer sie in den vorigen Stand zurückversetze (§. 1038).

1) In seiner angeführten Abhandlung S. 32.

3) Hat der Bestandnehmer einen nothwendigen Aufwand gemacht, so kann er auch sogleich auf den Ersatz dringen; hat er aber einen bloß nützlichen unternommen, so kann er, nach meiner Ueberzeugung, nur nach beendeter Bestandnahme den Ersatz ansprechen. Denn während der Bestandzeit hat der Bestandgeber von den vermehrten Nutzungen noch keinen Genuß, er zieht aus der Verbesserung noch keine Vortheile, und es ist möglich, daß die durch den gemachten Aufwand erzielten Vortheile während der Bestandzeit durch zufällige Ereignisse ganz oder theilweise wieder verloren gehen. — Es kann sich daher erst bey der Rückstellung des Bestandstückes zeigen, ob und wie weit durch den gemachten Aufwand auch für den Bestandgeber ein wirklich überwiegender Vortheil erwachsen sey. In beyden Fällen aber muß er diesen Ersatz längstens binnen sechs Monathen nach Zurückstellung des Bestandstückes gerichtlich, d. i. mittelst Anbringung einer ordentlichen Klage fordern, sonst ist sein Recht erloschen.

§. 1098.

Miether und Pächter sind berechtiget, die Mieth- und Pachtstücke dem Vertrage gemäß durch die bestimmte Zeit zu gebrauchen und zu benützen, oder auch in Afterbestand zu geben, wenn es ohne Nachtheil des Eigenthümers geschehen kann, oder im Vertrage nicht ausdrücklich untersagt worden ist.

1) Durch den Bestandvertrag wird von Seite des Bestandgebers der Gebrauch und die Benützung der in Bestand gegebenen Sache für die bestimmte Zeit gegen Entgeld veräußert. So wie also der Käufer über die Substanz sowohl, als über die Nutzungen der verkauften Sache beliebig zu verfügen berechtiget ist; so ist auch der Bestandnehmer während der Bestandzeit über die Nutzungen des Bestandstückes beliebig zu verfügen befugt, wenn anders das Gebrauchs- oder Benutzungsrecht in dem Bestandvertrage nicht eingeschränkt worden ist. Ist aber in demselben eine Einschränkung enthalten, so darf der Bestandnehmer

von dem Bestandstücke keinen anderen Gebrauch machen, als denjenigen, der ihm von dem Bestandgeber ausdrücklich gestattet worden ist.

2) So wie aber Miether und Pächter berechtiget sind, die Mieth- und Pachtstücke dem Vertrage gemäß durch die bestimmte Zeit zu gebrauchen und zu benützen, sind sie auch berechtiget, dieselben in Afterbestand zu geben, d. i. den Gebrauch und die Benützung derselben einem Dritten zu überlassen, weil jeder das Recht, welches er hat, wenn es nicht ein höchst persönliches ist, auf einen Dritten übertragen kann (§. 1393). Als ein solches höchst persönliches Recht kann aber das Recht, die gemiethete oder gepachtete Sache zu gebrauchen und zu benützen, um so weniger angesehen werden, als der Bestandgeber in der Regel nicht auf die persönlichen Eigenschaften des Bestandnehmers, sondern auf den Betrag des Bestandgeldes Rücksicht nimmt. — Da jedoch Niemand auf den Andern mehr Rechte übertragen kann, als er selbst hat, so folgt, daß a) der Afterbestandnehmer das Bestandstück nicht auf eine längere, als in dem ersten Bestandvertrage bestimmte Zeit gebrauchen und genießen könne, und b) daß derselbe das Bestandstück zu keinem anderen Gebrauche verwenden, und nicht anders benützen dürfe, als zu welchem es dem ersten Bestandnehmer überlassen worden ist.

3) Von der Regel, daß der Bestandnehmer das Bestandstück in Afterbestand geben könne, gibt es selbst in civilrechtlicher Beziehung zwey Ausnahmen. Der erste Ausnahmsfall ist, wenn mit der Afterbestandgebung ein Nachtheil des Eigenthümers verbunden wäre, z. B. wenn der Miether eines Handlungsgewölbes dasselbe einem Schlosser, oder der Miether einer Wohnung dieselbe einer Frauensperson, die einen unsittlichen Lebenswandel führt, in Afterbestand gäbe; der zweyte Ausnahmsfall ist, wenn die Aftervermiethung oder die Afterverpachtung in dem Vertrage ausdrücklich untersagt worden ist. Denn pacta dant leges contrahentibus, und überdieß gibt dadurch der Bestandgeber zu erkennen, daß er auf die persönlichen Eigenschaften des Bestandnehmers Rücksicht nehme, und es ihm nicht bloß um die Zahlung des Bestandgeldes zu thun sey.

4) Das Recht der Afterbestandgebung unterliegt aber auch durch politische Verordnungen mehreren Beschränkungen. In Wien ist das Recht zu Aftermiethen nur unter der Bedingniß gestattet, daß der Afterbestand-Verlasser in der Wohnung, von welcher er Theile verläßt, selbst wohne. Wo dieses Bedingniß nicht erfüllt ist, ist die Aftermiethe als eine gesetzwidrige Handlung erklärt, und derjenige, der dieser Anordnung zuwider handelt, verfällt in die Strafe des Erlages des halbjährigen Zinsbetrages der ganzen Wohnung. Uebrigens ist es dem Miether einer Wohnung, der wegen einer unvermutheten Abreise, oder wegen anderer Verhältnisse die Wohnung selbst zu bewohnen gehindert wird, gestattet, seine Wohnung in diesem Falle für die Dauer des mit dem Hausinhaber geschlossenen Contractes, oder wenn kein Contract besteht, längstens auf ein halbes Jahr in Afterbestand zu verlassen, und kömmt dieses Befugniß auch den Erben des Bestandmannes zu, welcher mit Tode abgegangen ist. Es ist aber in einem jeden solchen Falle der Bestandmann oder der Erbe verbunden, noch vor der Aftermiethe die Anzeige an den Stadtmagistrat zu machen, und der diese Anzeige zu machen unterläßt, wird ebenfalls mit dem Erlage des halbjährigen Zinsbetrages bestraft [1]). Bey dem in Wirksamkeit getretenen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche hat es von dem durch Hofdecret vom 20. September 1805 G. S. Nr. 749 erlassenen Verbothe der Afterpachtungen in der Buckowina sein Abkommen erhalten [2]).

5) Hierher würde auch die Erörterung der Frage gehören, welche Rechtsmittel dem Miether oder Pächter zustehen, wenn er in der vertragsmäßigen Benützung der vermietheten oder verpachteten Sache gehindert wird? — Da aber die Beantwortung dieser Frage ganz aus den nähmlichen Grundsätzen hergeleitet werden muß, auf welche die Beantwortung einer anderen Frage, nähmlich: welche Rechtsmittel dem Vermiether oder Verpächter zustehen, wenn ihm der Miether oder Pächter nach geendeter

1) Hofkanzley-Decret vom 25. April 1811; J. G. S. Nr. 344.
2) Hofdecret vom 16. Jänner 1813; J. G. S. Nr. 1025.

Bestandzeit die Uebergabe der Sache verweigert, die erst bey Erläuterung des §. 1109 in Erörterung kommen kann, zur Grundlage dienen, so wird hiervon an dem bezeichneten Orte gehandelt werden.

§. 1099.

2) Lasten.

Bey Vermiethungen trägt alle Lasten und Abgaben der Vermiether. Bey eigentlichen Pachtungen, wenn sie in Pausch und Bogen geschehen, übernimmt der Pächter, mit Ausschluß der eingetragenen Hypothekarlasten, alle übrige; wird aber die Pachtung nach einem Anschlage geschlossen, so trägt er jene Lasten, welche von dem Ertrage abgezogen worden sind, oder bloß von den Früchten, und nicht von dem Grunde selbst entrichtet werden müßten.

1) Der Grund, daß bey Vermiethungen alle Lasten und Abgaben der Vermiether trage, liegt vorzüglich darin, weil der Miether den Gebrauch der Sache gekauft hat, und eben darum, weil sich dieselbe ohne weiterer Bearbeitung gebrauchen läßt, bey Schließung des Miethcontractes keine andere Auslagen, als die Entrichtung des Miethzinses vor Augen hat. — Das Gesetz macht keinen Unterschied zwischen ordentlichen und außerordentlichen Abgaben; der Vermiether hat also beyde zu bestreiten. — Was die ordentlichen und die öfter wiederkehrenden zeitlichen Abgaben anbelangt, so bringt, wie v. Zeiller bemerkt, selbe der Vermiether schon bey Bestimmung des Miethgeldes in Anschlag; und in Rücksicht der unvermutheten, außerordentlichen Abgaben kann er sich theils durch kürzere Miethfristen, theils durch die Bedingung eines verhältnißmäßigen Beytrages sicher stellen. — Diesem zu Folge hat der Vermiether von den auf dem Hause intabulirten Schuldposten die Zinsen zu entrichten; alle auf das Haus repartirten landesfürstlichen Steuern und Gemeindebeyträge, z. B. für den Beleuchtungs-, Polizey-, Straßensäuberungs-Fond u. s. w.

zu bezahlen; alle Einquatierungen sowohl einheimischer als feindlicher Truppen, wenn sie nicht ausdrücklich von Seite der Behörde dem Miether zugewiesen werden, auf seine Kosten zu tragen.

2) Bey eigentlichen Pachtungen hingegen (§. 1091) kömmt es darauf an, ob sie in Pausch und Bogen geschlossen worden, oder ob denselben ein Anschlag zum Grunde liege. Im ersteren Falle will man, daß der Pächter das Gut in dem Zustande, worin es sich befindet, übernehmen und den reinen Ertrag davon genießen soll. — Er übernimmt also alle Vortheile und nutzbringenden Rechte, welche mit der Sache in Verbindung stehen; dagegen unterzieht er sich auch allen dem Gute anklebenden, und aus dessen Einkünften zu bestreitenden Lasten und Abgaben. — Nur die Hypothekarlasten sind hiervon ausgeschlossen. Unter diesen werden aber jene verstanden, welche eine persönliche Verbindlichkeit eines Schuldners voraussetzen, zu deren Sicherstellung und Befestigung die in Pacht gegebene Sache dienet (§. 1343). — Es ist daher nicht leicht einzusehen, wie Herr Reg. Rath v. Scheidlein behaupten konnte [1]), daß selbst die von den verhypothecirten Schulden zu bezahlenden Zinsen von dem Pächter entrichtet werden müssen; denn in so fern das Hypothekargut und dessen Früchte (§. 457) selbst für die Zinsen der darauf intabulirten Capitalien haften, sind auch diese Zinsen in Verhältniß zur Realität nichts anders, als Hypothekarlasten; denn es kann auch der Eigenthümer einer Realität, worauf Capitalien haften, wenn er nicht zugleich Personalschuldner ist, zur Zahlung der davon zu entrichtenden Zinsen nicht unbeschränkt verhalten werden, sondern er ist, wenn er sich zur Zahlung derselben nicht herbeyläßt, nur verpflichtet zu gedulden, daß der Gläubiger sich aus der Realität oder den Früchten derselben zahlbar mache. Es ist sohin auch die Zinsenlast eine wahre Hypothekarlast. Dagegen gehören unter die übrigen, von dem Pächter zu tragenden Lasten diejenigen, welche vermöge ihrer Natur oder der ausdrücklichen Uebereinkunft der Parteyen aus den Einkünften des Gutes bestritten werden müssen, wie z. B. wenn auf dem verpach-

1) In obiger Abhandlung Nr. 19.

teten Gute die Schuldigkeit intabulirt wäre, dem benachbarten Gute zur Erhaltung einer Mauer, oder einer anderen Scheidewand einen bestimmten jährlichen Beytrag zu leisten. Es ist zwar richtig, daß der Fruchtnießer die Zinsen der auf dem Gute haftenden Capitalien übernehme; allein die Vorschriften, welche in Ansehung der persönlichen Dienstbarkeiten bestehen, sind nicht durchgehends auf die aus einem Bestandvertrage für die Contrahenten hervorgehenden Rechte und Pflichten anwendbar. Solche persönliche Servituten verdanken ihr Entstehen meistens nur dem letzten Willen eines Erblassers. Da nun derjenige, dem das vollständige Eigenthum einer Sache legirt ist, auch die darauf haftenden Lasten zu tragen hat (§. 662), folglich gestatten muß, daß sie zur Befriedigung der darauf eingetragenen Gläubiger verwendet werde, ohne daß der Legatar von dem Erben einen Ersatz ansprechen könnte; so ist es auch ganz consequent, daß derjenige, dem der Fruchtgenuß einer Sache legirt ist, auch die Zinsen der darauf eingetragenen Capitalien aus den Erträgnissen des Gutes berichtige, ohne dießfalls an den Erben einen Regreßanspruch zu haben. — Dagegen bemerkt Herr Reg. Rath v. Scheidlein ganz richtig, daß diejenigen Lasten und Abgaben, welche der Pächter von den Nutzungen des Pachtgutes nicht bestreiten kann, von demselben nicht getragen werden dürfen, weil ihm sogar der Zins zu erlassen ist, wenn er das Pfandstück nicht benützen kann (§. 1104).

3) Wird dagegen die Pachtung nach einem Anschlage geschlossen, das heißt, wird das Erträgniß des Gutes mittelst Angabe der natürlichen Früchte, die das Gut nach einem Durchschnitte jährlich trägt, und der trockenen, sowohl periodischen, als solcher Gefälle, die nur bey gewissen Gelegenheiten abfallen, z. B. der Veränderungsgebühren, als welche ebenfalls nach einem Durchschnitte zu berechnen sind, mittelst Angabe wie auch der von dem Gute zu entrichtenden Abgaben bestimmt, welches gewöhnlich in einer von dem Verpächter verfaßten, mit den verschiedenen Erträgniß- und Ausgabsrubriken versehenen Urkunde geschieht, und hiernach der Pachtzins ausgemessen; so geht der Wille der Parteyen offenbar nur dahin, daß der Pächter die nahmhaft gemachten und vor Bestimmung des reinen Ertrages

abgezogenen Lasten übernehmen soll. Alle mit Stillschweigen übergangene Lasten, die von dem Gute selbst entrichtet werden müssen, liegen dem Verpächter ob; dagegen hat der Pächter für jeden Fall diejenigen Lasten zu tragen, welche bloß von den Früchten entrichtet werden müssen. Auch über den Sinn dieses Ausdruckes scheinen die Meinungen des Hrn. Hofrathes v. Zeiller und Hrn. Reg. Rathes v. Scheidlein getheilt zu seyn, indem Ersterer nur jene Lasten dem Pächter zuweiset, welche von den Früchten, bey deren Verwendung oder Veräußerung (als Verzehrungssteuer, z. B. bey Ausbrauung des Bieres, oder bey Versendung von Weinen oder Früchten) zu entrichten sind, Letzterer dagegen alle Lasten, die bloß von den Früchten entrichtet werden müssen, ohne Unterschied unter diejenigen rechnet, welche von dem Pächter übernommen werden müssen, und als Beyspiel den Zehent und Bergdienst anführet. — In der That scheint sich auch die einschränkende Auslegung des Hrn. Hofrathes aus dem Gesetze nicht rechtfertigen zu lassen, obwohl sich nicht verkennen läßt, daß, wenn man den Worten des Gesetzes gar keine Einschränkung beysetzt, man gegen die an Tag liegende Absicht des Gesetzgebers dem Pächter mehrere Lasten aufbürden könnte, als ihm nach selber zu bestreiten obliegen; denn auch Steuern und Abgaben werden eigentlich von den Früchten entrichtet, da Unglücksfälle, welche das Erträgniß eines Gutes in einem Jahre beträchtlich vermindern, auch auf einen Steuernachlaß Anspruch geben. — Indessen wäre es doch offenbar gegen die Absicht des Gesetzes, wenn man behaupten wollte, daß Steuern, wenn sie auch in dem Anschlage nicht aufgenommen wurden, doch von dem Pächter zu entrichten seyn. — Denn wären sie, wie es sich gebührt hätte, in den Anschlag aufgenommen worden, so hätte das Resultat des Erträgnisses nicht so hoch ausfallen können, welches bey Feststellung des Pachtschillings doch zur Basis diente. — Ich glaube daher, daß das Gesetz unter den Lasten, welche von den Früchten entrichtet werden müssen, außer den vom Hrn. Hofrathe v. Zeiller berührten, solche verstehe, welche gleich in natura von den eingehenden Früchten genommen zu werden pflegen, so, daß schon bey Ausmittelung des Erträgnisses selbst auf diese Last

Bedacht genommen wird. Dieses ist daher allerdings der Fall bey dem Zehente oder dem Bergdienste, in so weit beyde in natura abgenommen werden; denn es ist hier anzunehmen, daß bey dem Anschlage schon das Erträgniß an Getreide und Wein nach Abrechnung dieser Natural-Entrichtungen angesetzt worden ist. — Wäre aber der Zehent oder der Bergdienst in eine Geld- oder auch in eine bestimmte Naturalabgabe umgeändert, so ist dieses eine Last, die nach dem Sinne des gegenwärtigen §. nicht bloß von den Früchten, sondern von dem Grunde selbst entrichtet werden muß.

§. 1100.

3) Zins.

Außer dem Falle einer besonderen Verabredung ist der Zins, wenn eine Sache auf Ein oder mehrere Jahre in Bestand genommen wird, halbjährig; bey einer kürzeren Bestandzeit hingegen nach Verlauf derselben zu entrichten.

Die Hauptverbindlichkeit des Bestandnehmers ist, den bedungenen Zins zu bezahlen. Meistens wird in dem Bestandvertrage die Zeit bestimmt, zu welcher der Zins zu entrichten ist. Wäre aber in dem Bestandvertrage keine Zeit zur Entrichtung des Zinses bestimmt worden, so tritt die gegenwärtige Anordnung in Wirksamkeit, bey deren Erlassung der Gesetzgeber auf die bisher bestandene Gewohnheit Rücksicht genommen hat. Uebrigens unterliegt es keinem Zweifel, daß die Bestandzeit auch stillschweigend durch die Benennung des Bestandgegenstandes, z. B. Monathzimmer, oder durch den bekannten Zweck bestimmt werden kann. Die Zeit fängt von dem Tage zu laufen an, als die Sache nach der geschehenen Verabredung hätte übernommen werden sollen, und der Bestandgeber auch in Bereitschaft war, selbe in Bestand zu übergeben.

§. 1101.

Zur Sicherstellung des Mieth- oder Pachtzinses hat der Vermiether einer Wohnung das Pfand-

recht auf die eingebrachten, dem Miether oder Aftermiether eigenthümlichen, oder von einem Dritten ihnen anvertrauten (§. 367) Einrichtungsstücke und Fahrnisse, welche zur Zeit der Klage noch darin befindlich sind. Der Aftermiether haftet aber nach Maß seines Miethzinses; doch ohne die Einwendung einer dem Hauptmiether geschehenen Vorauszahlung entgegen setzen zu können. Dem Verpächter eines Grundstückes hingegen steht das Pfandrecht auf das auf dem Pachtgute vorhandene Vieh und die Wirthschaftsgeräthschaften, und die darauf noch befindlichen Früchte zu.

1) Da ein Bestandgeber bey dem gewöhnlichen Zusammenflusse mehrerer Bestandnehmer nicht leicht eine strenge Auswahl, oder genauere Erforschung ihrer Vermögensumstände vornehmen kann; so hielt man es für billig, daß er, zumahl wenn das Bestandgeld nicht voraus bezahlt, oder der Vertrag auf mehrere Jahre geschlossen wird, auf eine andere Art in Rücksicht des Bestandzinses sicher gestellt werde. Der Gesetzgeber hat sich daher veranlaßt gefunden, dem Bestandgeber diese Sicherstellung unmittelbar durch ein stillschweigendes Pfandrecht zu ertheilen.

2) In Absicht des Gegenstandes, worauf das Pfandrecht haftet, muß zwischen Vermiethungen und Verpachtungen unterschieden werden. — Der Vermiether einer Wohnung hat das Pfandrecht auf die eingebrachten Einrichtungsstücke und Fahrnisse. — Herr Regierungsrath v. Scheidlein [1]) bemerkt dabey ganz richtig, daß der Ausdruck „Fahrnisse" zur Bezeichnung der Gegenstände, worauf das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers haftet, hinlänglich gewesen wäre, weil darunter auch Einrichtungsstücke begriffen werden. — Da indessen der Ausdruck „Fahrnisse" in manchen Fällen im gewöhnlichen Leben bloß für Einrichtungsstücke angewendet wird [2]), so hat der höchste Ge-

1) A. a. O. S. 53.

2) Siehe Schusters Commentar zu §. 6, S. 101.

setzgeber durch die Worte: „Einrichtungsstücke und Fahrnisse" einer unrichtigen Deutung des Wortes „Fahrnisse" vorgebeugt. — Unter Fahrnissen werden aber hier alle beweglichen körperlichen Sachen überhaupt verstanden, welche Bedeutung sich aus dem Inhalte des §. 1228 ergibt, wo die Sachen, aus denen das Heirathsgut bestehen kann, in unbewegliche Güter, Rechte oder Fahrnisse eingetheilt werden. — Der Vermiether hat daher das Pfandrecht nicht nur auf die zum Gebrauche der vermietheten Wohnung, oder auf die zur Führung der Haushaltung erforderlichen Geräthschaften (§. 674), sondern auch auf die übrigen körperlichen beweglichen Sachen ohne Unterschied, welche in die Wohnung eingebracht worden sind. Da übrigens der gegenwärtige §. überhaupt von einer Sicherstellung des Miethzinses spricht, und die Miethe dem Pachte entgegensteht, der Pacht sich aber bloß auf Gegenstände bezieht, die nur durch Fleiß und Mühe benützt werden können; so folgt, daß unter dem Ausdrucke „Wohnung" alle nicht zur landwirthschaftlichen Benützung gehörigen Gebäude und Behältnisse verstanden werden müssen, als: Gewölbe, Magazine, Stallungen, Keller u. s. w.; es hat daher der Vermiether das gesetzliche Pfandrecht auf das in das Magazin eingebrachte Waarenlager, auf die in die Stallung eingestellten Pferde, auf die in den Keller eingelagerten Weine u. s. w.

3) Das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers erstreckt sich aber nicht nur auf die eingebrachten, dem Miether eigenthümlichen, sondern auch auf die von einem Dritten ihm anvertrauten Einrichtungsstücke und Fahrnisse. — In der Regel hat das Pfandrecht nur auf Sachen Statt, die dem Schuldner eigenthümlich sind, nicht auf fremde, wenn auch der Schuldner Inhaber derselben ist. — Es hat auch in Uebereinstimmung mit diesem Grundsatze das westgallizische Gesetzbuch [1]) dem Vermiether das Pfandrecht nur auf die hereingebrachten, dem Vermiether eigenthümlichen Einrichtungsstücke und Fahrnisse eingeräumt. Allein da dasselbe [2]) bereits der Verpfändung einer fremden Sache unter gewissen Beschränkungen, so wie das gegenwärtige

1) III. Th. §. 242.
2) II. Th. §. 230.

Gesetzbuch §. 456, eine Wirkung beygelegt hat; so war es nicht ganz consequent, dem Vermiether das Pfandrecht ausnahmslos nur auf die eigenthümlichen Fahrnisse des Miethers zu beschränken. — Dem gegenwärtigen §. scheint daher die Absicht zu Grunde zu liegen, die in dem Hauptstücke vom Pfandrechte in Ansehung der Verpfändung einer fremden Sache aufgestellten Grundsätze auch in Bezug auf das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers in Anwendung zu bringen. Aus diesem Grunde bin ich daher auch der Meinung des Herrn Hofrathes v. Zeiller, daß das Pfandrecht des Vermiethers sich nur dann auf Fahrnisse erstrecke, die dem Miether von einem Dritten anvertraut worden sind, wenn der Vermiether sie redlicher Weise für ein Eigenthum des Miethers halten konnte. — Einer anderen Meinung ist jedoch Herr Regierungsrath v. Scheidlein [1]) aus folgenden Gründen: a) weil der gegenwärtige §. keinen Unterschied mache, ob der Vermiether die eingebrachten Fahrnisse redlicher Weise für ein Eigenthum des Miethers halten konnte oder nicht; also auch uns nicht erlaubt sey, diesen Unterschied zu machen; b) weil sonst folgen würde, daß, wenn Jemand einem Fremden eine Wohnung vermiethet hat, und weiß, oder aus den Umständen leicht wissen kann, daß ein Trödler ihn mit Meubeln versehen habe, ihm kein gesetzliches Pfandrecht auf dieselben zustehe, diese Folge sich aber nicht wohl ziehen lasse, da das Gesetz, wodurch das Pfandrecht dem Vermiether eingeräumt wird, zur Absicht hat, ihm auf jeden Fall in Ansehung des ausständigen Miethzinses Sicherheit zu verschaffen, ihn also in den Stand zu setzen, sich aus den eingebrachten Fahrnissen aller Art, mit alleiniger Ausnahme der fremden, dem Miether nicht anvertrauten, zahlhaft zu machen; und c) weil die Aussage des §. 367, mit der Aussage des §. 368 zusammengehalten, auf den gegenwärtigen Fall nicht anwendbar sey, da es sich hier um das Recht des Bestandgebers auf die eingebrachten Einrichtungsstücke und Fahrnisse handelt, und man nicht sagen könne, daß der Vermiether diese Gegenstände von dem Miether, dem sie von einem Dritten anvertraut sind, an sich gebracht habe. — Dagegen glaube ich nun Folgendes be-

17 *

1) Am a. O. S. 170.

merken zu müssen: ad a) muß ein Gesetz nach §. 6 nicht nur nach den trockenen Worten der auszulegenden Gesetzesstelle selbst, sondern auch aus seinem Zusammenhange mit andern Gesetzen und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers verdeutlichet werden. Nun scheint aber eben der angegebene Unterschied in dem Zusammenhange des gegenwärtigen §. mit den in der Lehre vom Pfandrechte aufgestellten Grundsätzen und in der hervorleuchtenden Absicht des Gesetzgebers um so mehr gegründet zu seyn, als dieser Zusammenhang und die Absicht nicht undeutlich durch die Hinweisung auf den §. 367 erkennbar gemacht wird; ad b) die frühere Gesetzgebung hatte das Pfandrecht des Vermiethers lediglich auf die dem Miether eigenthümlichen Fahrnisse beschränkt [1]); und es läßt sich nicht nachweisen, daß die Ausdehnung des Pfandrechtes auch auf fremde Sache in dem gegenwärtigen §. aus dem Grunde verfügt worden sey, weil man den Vermiether durch die früheren gesetzlichen Anordnungen in Hinsicht des Miethzinses zu wenig gesichert hielt, sondern man wollte vielmehr, wie bereits erwähnt worden ist, auch das Pfandrecht des Vermiethers mit dem Geiste des §. 456 in Einklang bringen; endlich ad c) die §§. 367 und 368 müssen hier auch mit dem §. 456 zusammengehalten werden, wodurch sich der gemachte Anstand behebt. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß es hier bloß auf den Zeitpunct ankomme, in welchem das Pfandrecht erworben wird, und daß dasselbe nicht erlösche, wenn der Vermiether in die Kenntniß kommt, daß die fragliche Sache eine fremde sey.

4) Das Gesetz räumt dem Vermiether das Pfandrecht auf jene von dem Miethmanne eingebrachten Fahrnisse ein, welche zur Zeit der Klage noch in der Wohnung befindlich sind. — Daraus glauben nun Mehrere folgern zu müssen, daß erst durch die Ueberreichung der Klage das wirkliche Pfandrecht erworben werde, — daß sohin die vor der Klage in der Wohnung befindlich gewesenen Effecten noch keine Pfandstücke des Vermiethers seyn, und daß daher durch das bloße Entstehen des Zinsrückstandes an und für sich noch keineswegs das wirkliche Pfand-

1) Gesetzb. für Westgallizien III. Th., §. 242; dann Hofdecret vom 16. September 1796, Nr. 309.

recht in das Leben trete [1]); denn das Gesetz gebe eigentlich nur den Titel zum Pfandrechte, nicht das Pfandrecht selbst, zu dessen Erwerbung immer ein besonderer Act erfordert werde. Dieser Act bestehe aber in der nach Hofdecret vom 5. November 1819 vorzunehmenden Beschreibung der Fahrnisse, welche sich zur Zeit der eingebrachten Klage in der Wohnung des Miethers befinden. — Dieses Hofdecret lautet aber dahin: „Ueber die gemachte Anfrage: ob die von dem Vermiether oder Verpächter nach Einklagung eines rückständigen Mieth- oder Pachtzinses sogleich geforderte Beschreibung der Fahrnisse des Miethers oder Pächters unbedingt Statt finde? — wird folgende Belehrung ertheilet: Da aus den §§. 340 bis 342 der a. G. O. erhellet, daß die gerichtliche Beschreibung mit der Pfändung der Fahrnisse in der nächsten Verbindung steht, und der §. 1101 des b. G. B. die darin benannten Fahrnisse, welche zur Zeit der Klage in der vermietheten Wohnung oder auf dem verpachteten Grundstücke sich befinden, für Pfandstücke des Vermiethers oder Verpächters erklärt; so räumt ihm dieser §. auch das Recht ein, daß diese nach eingereichter Klage auf sein Verlangen sogleich gerichtlich beschrieben werden sollen, daher es außer besonders obwaltenden Bedenklichkeiten hierzu keiner Tagsatzung bedarf." Aus dem dritten Bande meiner Erläuterungen §. 450 Nr. 1 ist bereits zu ersehen, daß ich diese Ansicht auch früher nicht theilte, und in die Classe Derjenigen gehöre, welche behaupten, daß das Pfandrecht dem Vermiether schon unmittelbar aus dem Gesetze gebühre, und daß es eines besonderen Actes zur Erwerbung desselben nicht bedürfe. — Indessen wäre ich vielleicht nicht im Stande, diese meine Meinung zur Befriedigung zu begründen, wenn nicht Herr Hofrath Benoni selbst aus der Geschichte der Gesetzgebung den Irrthum der entgegengesetzten Behauptung durch einen Licht verbreitenden Aufsatz nachgewiesen hätte [2]), welchen zu benützen mir der Herr Verfasser und die Redaction gestatten wird. Das Pfandrecht super illata et invecta war schon in dem römischen Rechte gegründet; dasselbe trat in dem Augenblicke der Ein-

1) Siehe Wagn. Zeitsch. 1831, X. Heft., S. 187 — 195.
2) Wagn. Zeitsch. 1831, XII. Heft, S. 311 — 329.

bringung der Mobilien in die Wohnung oder auf das Gut in Wirksamkeit. — Doch mußte ein solches Pfandrecht einer in der Natur der Sache gegründeten Beschränkung unterliegen. Es war nähmlich nicht zulässig, daß das Verfügungsrecht des Bestandnehmers über sein Mobilarvermögen durch die Fortdauer der pfandmäßigen Haftung desselben auch nach dessen Entfernung aus der gemietheten Wohnung oder dem gepachteten Gute gleichsam aufgehoben, und daß selbst jeder redliche dritte Besitzer mit der Pfandklage verfolgt würde. Man nahm daher an, daß das Pfandrecht des Vermiethers auf die eingebrachten Fahrnisse aufhöre, wenn sie aus der Wohnung wieder weggebracht werden, und beschränkte daher die Ausübung des Pfandrechtes auf diejenigen Fahrnisse, die zur Zeit, als dieses geltend gemacht wurde, sich noch in der Wohnung oder auf dem Gute befanden [1]). Diese Grundsätze sind auch in der österreichischen Gesetzgebung unverändert geblieben; denn das Hofdecret vom 16. September 1796 [2]) bedient sich folgender Ausdrücke: „Dem Vermiether gebührt nach den schon bestehenden Gesetzen zur Sicherheit des Miethzinses das Pfandrecht auf die in die Wohnung gebrachten Einrichtungsstücke und Fahrnisse, die zur Zeit der Klage darin noch vorfindig, und so weit sie ein Eigenthum des Miethers sind." Diese Bestimmung ist dann auch in der Folge in den §. 242 III. des gallizischen und in den §. 1101 des gegenwärtig geltenden bürgerlichen Gesetzbuches übergegangen, und man hat daher dadurch nur die alten Gesetze und die alte Uebung bestätigen, und nicht abändern wollen. — Durch das oben angeführte Hofdecret vom 5. November 1819 Nr. 1621 wurde nicht die Frage: ob zur Erlangung des wirksamen Pfandrechtes die Klage, oder die gerichtliche Beschreibung der Fahrnisse nothwendig sey, — sondern die Frage: ob es gestattet sey, die bereits mit dem wirklichen gesetzlichen Pfandrechte behafteten Fahrnisse nach Ueberreichung der Klage, und bloß zum Zwecke, die Verschleppung oder Unterschlagung derselben zu verhindern, gerichtlich beschreiben zu las-

1) L. 6. et 9. D. in quib. caus. pign. tac. cont.
2) J. G. S. Nr. 109.

sen? beantwortet, und man war bey Abfassung derselben weit entfernt, die Wirksamkeit des Pfandrechtes von dem Tage der Einbringung der Fahrnisse in die Wohnung oder auf das Gut in Zweifel zu ziehen, dieselbe wurde vielmehr als eine unbestrittene Wahrheit ausdrücklich vorausgesetzt, und für die Gestattung der gerichtlichen Beschreibung der Fahrnisse nach überreichter Klage zu dem erwähnten Zwecke gilt die Betrachtung: daß der Beweis und die Gewißheit, welche Fahrnisse zur Zeit der Klage vorhanden waren, unerläßlich werde; nur durch diese Beschreibung werde die Absicht des Gesetzes erreicht, indem es sonst der Willkühr des Miethers überlassen bliebe, die Fahrnisse aus dem Hause zu schaffen, ohne daß es der Vermiether hindern könnte.

Durch die Beziehung auf die §§. 340—342 der a. G. O. sollte nur angezeigt werden, daß, so wie in Executionsfällen die dem Pfandrechte unterzogenen Sachen gerichtlich verzeichnet werden, damit der Gläubiger sein Pfandrecht leichter verwahren könne, und der Gegenstand des Pfandrechts außer Zweifel gesetzt werde, — auch dem Bestandgeber eine solche Wohlthat nicht verweigert werden könne. Die oberste Justizstelle hat auch im Jahre 1821 einen in Gallizien durch zwey gleichlautende Urtheile dahin entschiedenen Prozeß: daß die Miethzinsforderung des Vermiethers, welcher die erwähnte Beschreibung nicht erwirkte, der Forderung eines Gläubigers, welcher im Executionswege die Fahrnisse des Miethers gepfändet hatte, nachzustehen habe; reformirt, und den Forderungen des Beschwerdeführes den Vorzug zuerkannt. — Aus Veranlassung dieses Spruches ist dieselbe Frage, zu Folge allerhöchster Anordnung und Genehmigung, bey der obersten Justizstelle und der Hofcommission in Justizgesetzsachen im Allgemeinen einer neuerlichen Erörterung unterzogen und damit bestimmt worden, daß auch für die Zukunft bey der von der obersten Justizstelle in dem erwähnten einzelnen Falle angenommenen von nun an authentischen Auslegung des Gesetzes zu verbleiben habe, ohne daß es hier wegen der Kundmachung einer Erläuterung bedürfte. — Derselbe

Zweifel ist auch in dem lombardisch-venet. Königreiche erhoben worden, und die Gerichtsstellen waren darüber nicht einig. Man erkannte die Nothwendigkeit, die so eben berührte Auslegung des Gesetzes auch in diesem Königreiche in Anwendung zu bringen, und es wurde auf Anordnung des lomb. venet. Senates der obersten Justizstelle und im Einverständnisse mit der obersten Justizstelle zu Wien mit der Hofcommission in Justizgesetzsachen — und zwar nicht als ein eigenes positives Gesetz für dieses Königreich, sondern bloß als eine Belehrung über den Sinn und den Geist der in den deutschen und in den italienischen Provinzen geltenden Gesetze — folgende Erklärung kund gemacht[1]): „Die Kundmachungen der Gubernien und der Appellationsgerichte in Mayland und Venedig (nähmlich den Inhalt des Hofdecretes vom 5. November 1819 enthaltend) haben auf keine Art das gesetzliche Pfandrecht beschränkt, welches nach dem §. 1101 des a. b. G. B. dem Vermiether einer Wohnung oder dem Verpächter eines Grundstückes gebührt. Dieses dingliche, im Gesetze selbst gegründete Recht besteht, und äußert seine Wirkungen unabhängig von der Beschreibung oder Sequestration der dem gesetzlichen Pfandrechte des Vermiethers oder Verpächters unterliegenden Gegenstände, und jene Mittel (der Beschreibung und Sequestration) sind in den angeführten Kundmachungen einzig zu dem Zwecke angedeutet, um dasselbe Pfandrecht besser zu schützen und zu verwahren."

5) Schon aus dem Gesagten ist zu entnehmen, daß das Pfandrecht des Vermiethers seine Wirkungen schon von dem Momente, als die Fahrnisse in die Wohnung gebracht werden, und nicht erst von dem Augenblicke des Entstehens des Zinsrückstandes herleite. — Der möglichen Einwendung gegen diese Behauptung, daß jedes Pfandrecht eine Forderung voraussetze, und daß daher in so lange von einem Pfandrechte keine Rede seyn könne, als noch keine Forderung existirt, wurde schon bey Erläuterung der §§. 449 Nr. 1 und 469 Nr. 5 begegnet; daher

1) Hofkanzleydecret vom 13. April 1826, kundgemacht durch Circulare des mayländischen Guberniums vom 2. May 1826 und des venetianischen Guberniums vom 10. May 1826.

ich mich darauf beziehe. — So lange kein Zinsrückstand existirt, ruht das Pfandrecht, — so wie ein solcher aber entsteht, fängt die Wirksamkeit des Pfandrechtes von dem Momente an ins Leben zu treten, als die Fahrnisse in die Wohnung gebracht worden sind. — Die Richtigkeit dieser Behauptung wird auch durch die Motive bestätiget, worauf zufolge der oberwähnten Abhandlung des Herrn Hofrathes Benoni sich diese authentische Erklärung gründet. — Er erzählt nähmlich, man habe in Erwägung genommen, daß bey Vermiethung einer Wohnung oder Verpachtung eines Grundstückes von dem Bestandgeber das gesetzliche Pfandrecht auf die Fahrnisse des Bestandnehmers in eben dem Augenblicke erworben werde, als dieselben in die Wohnung oder auf das Grundstück gebracht werden, und daß daher auch das gesetzliche Pfandrecht des Bestandgebers selbst nach der Zeitordnung den Vorzug vor demjenigen Pfandrechte behalten müsse, welches später einem Gläubiger des Bestandnehmers von dem Richter ertheilet wird.

6) Daß der Vermiether das Pfandrecht auf diejenigen Fahrnisse wieder verliere, welche der Miethmann vor eingereichter Klage aus der Wohnung gebracht hat, ist bereits oben Nr. 4 vorgekommen. — Da aber das Hofdecret vom 5. November 1819 den Vermiether nur berechtiget, keineswegs verpflichtet, gleich nach eingereichter Klage die gerichtliche Beschreibung der in der Wohnung seines Miethmannes sich befindlichen Fahrnisse anzusuchen, daher es dem ersteren frey steht, die Beschreibung zu was immer für einer Zeit nach eingereichter Klage vornehmen zu lassen: so frägt es sich, ob der Vermiether sein Pfandrecht auf jene Sachen auch gegen dritte Besitzer realisiren könne, welche der Miethmann nach bereits gegen ihn angebrachter Klage, aber noch vor der gerichtlichen Beschreibung, aus der Wohnung gebracht hat? — Diese Frage ist nach dem Inhalte des gegenwärtigen §. offenbar zu bejahen; denn der gegenwärtige §. sagt ausdrücklich, daß dem Vermiether das Pfandrecht auf jene Fahrnisse des Miethers zustehe, welche zur Zeit der Klage noch in der Wohnung befindlich sind, und das Hofdecret von 5. November 1819 hat an diesem §. nichts abgeändert, sondern,

wie aus dem bereits vorne Gesagten ersichtlich ist, dem Vermiether nur den Beweis erleichtern wollen, welche Gegenstände zur Zeit der Klage in der Wohnung des Miethers befindlich waren.

7) Herr Hofrath von Zeiller ist der Meinung, daß auch vor eingebrachter Klage das gesetzliche Pfandrecht gegen einen Unredlichen, der die Fahrnisse im Nahmen des Miethers inne hat, noch immer geltend gemacht, und gegen redliche Besitzer wenigstens ein Verboth nach der Gerichtsordnung erwirkt werden könne. Allein schon v. Scheidlein hat gegen diese Meinung bemerkt [1]), a) daß der gegenwärtige §. zwischen einem redlichen und unredlichen Inhaber der aus der Wohnung weggeschafften Einrichtungsstücke und Fahrnisse keinen Unterschied mache; und daß b) wider denjenigen, der dieselben im Nahmen des Miethers inne hat, zwar ein Verboth, sie dem Miether nicht erfolgen zu lassen, nach Vorschrift der Gerichtsordnung bewirket, jedoch das Pfandrecht nicht geltend gemacht werden könne. Denn aus dem gegenwärtigen §. geht deutlich hervor, daß der Vermiether das Pfandrecht ganz ausnahmlos nur auf jene Fahrnisse realisiren könne, welche sich zur Zeit der eingereichten Klage noch in der Wohnung des Miethers befinden.

8) Dagegen behauptet v. Scheidlein, daß die Wirkung des dem Vermiether auf die eingebrachten Einrichtungsstücke und Fahrnisse des Miethers zustehenden gesetzlichen Pfandrechtes darin bestehe, daß demselben jedes von einem Gläubiger des Miethers im Wege der gerichtlichen Execution bewirkte Pfandrecht selbst dann weichen müsse, wenn es auf den erwähnten Gegenständen schon zu der Zeit, als sie in die Wohnung eingebracht worden sind, gehaftet hat; a) weil es sogar auf fremde in die Wohnung eingebrachte Gegenstände geltend gemacht werden kann; b) weil es sonst leicht ganz vereitelt werden könnte, wenn ein Gläubiger die Pfändung auf alle Einrichtungsstücke und Fahrnisse seines Schuldners geführet hat; c) weil der Vermiether nicht untersuchet, ob auf das eine oder andere in die Wohnung eingebrachte Einrichtungsstück das gerichtliche Siegel aufgedruckt sey, dieses Siegel aber oft sogar weggerissen ist, er sich also

1) A. a. O. S. 74.

in keinem oder in einem weit geringeren Verschulden befindet, als der Pfandgläubiger, welchem es freygestellt ward, zu seiner Sicherheit die Transferirung der gepfändeten Gegenstände zu erwirken; und d) weil, wenn der Schuldner die gepfändeten Meubel ganz oder zum Theil verkauft hätte, das Pfandrecht von dem Gläubiger auf dieselben gegen den redlichen Besitzer eben so wenig ausgeübt werden konnte, als gegen denselben das Eigenthumsrecht in einem Falle ausgeübt werden kann, in welchem er die Sache von Jemanden an sich gebracht hat, dem sie von dem Eigenthümer anvertraut worden ist.

Allein die ersteren drey Gründe sind wohl rein politischer Natur, und können allerdings geeignet seyn, den Gesetzgeber selbst zu bewegen, eine solche Bestimmung ausdrücklich festzusetzen; allein sie sind offenbar nicht geeignet, den Beweis zu liefern, daß nach dem dermahligen bestehenden österreichischen Rechte das Pfandrecht des Vermiethers selbst vor dem früher erlangten executiven Pfandrechte anderer Gläubiger den Vorzug behaupte; — der sub d angeführte Beweisgrund hat aber wieder eines weiteren Beweises eben so vonnöthen, wie der aufgestellte Beweissatz selbst. Die Entscheidung der hier berührten Streitfrage hängt überhaupt von der Beantwortung der Vorfrage ab: ob derjenige Gläubiger, welchem eine bereits gerichtlich gepfändete aber in Verwahrung des Schuldners belassene Sache, oder eine solche Sache verpfändet worden ist, welche bereits einem anderen Gläubiger als Pfand übergeben wurde, der sie aber mit Vorbehalt seines Pfandrechtes dem Schuldner wieder rückstellte (§. 467), ein Vorrecht vor dem früheren Pfandgläubiger genieße? — Es scheint zwar kein Zweifel, daß, wenn man hier die Analogie des §. 456 anwendet, obige Frage bejahend beantwortet werden müsse. — Allein, daß hier die Analogie angewendet werden dürfe, muß verneinet werden; denn schon bey Erläuterung des §. 7 wurde bemerkt, daß die Analogie nur dann in Anwendung kommen könne, wenn ein Fall zu entscheiden ist, für welchen gar kein ausdrückliches Gesetz vorhanden ist. Ueber das Vorzugsrecht der einzelnen Pfandgläubiger unter sich, spricht sich aber die Concursordnung dahin aus, daß der Rang unter

ihnen nach Maßgabe der Zeit, als sie das Pfandrecht erlangt haben, zu bestimmen sey. — Eine Ausnahme von dieser Regel hat das Gesetz nirgends ausdrücklich festgesetzt, — und eine bloß aus der Analogie gefolgerte Ausnahme kann nach dem oben aufgestellten Grundsatze nicht Platz greifen.

9) Auch dem Verpächter eines Grundstückes steht zur Sicherstellung des Pachtzinses das Pfandrecht auf folgende Gegenstände zu: a) auf das auf dem Pachtgute vorhandene Vieh, worunter nicht nur dasjenige, was zum Wirthschaftsbetriebe erforderlich ist, sondern auch alles dasjenige gehört, was zum öconomischen Gebrauche bestimmt ist, z. B. die zum Verkaufe erzogenen Ochsen, so wie Schweine, Schafe, Tauben u. s. w., nicht aber auch Luxuspferde oder andere Hausthiere, weil man von diesen nicht sagen kann, daß sie auf dem Pachtgute als solchem vorhanden seyn; b) auf die darauf vorhandenen Wirthschaftsgeräthschaften, d. i. jene Fahrnisse, welche zum Wirthschaftsbetriebe erforderlich sind, als: Pflüge, Lastwägen, Hauen u. s. w.; und c) auf die darauf noch befindlichen Früchte, worunter jedoch nur die bereits abgesonderten, nicht aber auch die stehenden Früchte verstanden werden können, da diese ein Zugehör des Grundstückes selbst ausmachen (§ 295). Befinden sich bey dem gepachteten Grundstücke auch Wohngebäude, welche der Pächter auch wirklich für sich oder Andere als Wohnung benützet, so könnte man zu der Behauptung versucht werden, daß der Bestandvertrag hier aus Miethe und Pachtung zusammengesetzt sey, daher auch der Bestandzins, theils Miethzins, theils Pachtzins sey, und daß daher in Betreff des ersteren auch die in das Wohngebäude eingebrachten Einrichtungsstücke und andere Fahrnisse als Pfand zu haften haben. — Allein ich glaube, daß ein Bestandvertrag, wenn nicht ausdrücklich ein Mieth- und Pachtzins abgesondert festgesetzt worden ist, immer nur als Miethe oder Pacht, und keineswegs als beydes zugleich angesehen werden könne, weil hier ein gesetzlicher Maßstab zur Auseinanderscheidung mangelt, bey beyden auch verschiedene Bestimmungen zu gelten haben, wovon die §§. 1105, 1115 u. 1116 Beyspiele liefern, und doch nicht an-

genommen werden kann, daß die Parteyen bey Schließung des Bestandvertrages in Betreff der einzelnen zum Objecte ihres Bestandvertrags gehörigen Stücke abgesonderte Bestimmungen festsetzen wollten. — Es wird daher immer auf den Hauptzweck ankommen, wozu das Bestandstück verwendet werden soll. Wer ein Haus in Bestand nimmt, bey dem sich ein Garten befindet, will doch eigentlich nur einen Miethvertrag schließen; denn die Wohnung ist hier Haupt-, der Garten nur Nebensache, der der Wohnung nur Annehmlichkeit verschafft. Wer aber ein ganzes Bauerngut in Bestand nimmt, auf welchem er selbst wohnet, hat dabey doch mehr auf das Erträgniß, als auf die Wohnung gesehen, und sohin einen eigentlichen Pachtvertrag abgeschlossen. — Uebrigens muß auf die gesetzlichen Pfandstücke für das Pachtgeld alles das angewendet werden, was von gesetzlichen Pfandstücken einer Miethe gesagt worden ist.

10) Eben so sind die in Rücksicht des ersten Hauptbestandnehmers gegebenen Vorschriften auf einen Afterbestandnehmer auszudehnen. Als Grund dieser gesetzlichen Bestimmung führt v. Zeiller an, daß der erste Miether gewöhnlich seine Einrichtungsstücke und Fahrnisse hinwegschaffe, um jenen des Untermiethers Platz zu machen, was auch von dem ersten Pächter im Verhältnisse zu dem Unterpächter in Rücksicht des Viehstandes und der Wirthschaftsgeräthschaften gelte. — Zudem hafte der Unterbestandnehmer seinem nächsten Bestandgeber für das bedungene Bestandgeld, und dieser dem ursprünglichen Bestandgeber für das seinige, worunter jenes eingeschlossen ist.

11) Der Aftermiether haftet jedoch dem Hauptvermiether nur nach Maß seines Miethzinses; denn wenn gleich der Aftermiether als Schuldner des Aftervermiethers zugleich als Schuldner des Hauptvermiethers angesehen werden kann, so wird er doch nur in so weit Schuldner des letzteren, als er Schuldner des Aftervermiethers ist. — Da er nun nur in Ansehung des bedungenen Aftermiethzinses Schuldner des Aftervermiethers ist, so kann er dem Hauptvermiether zu keinem größeren Betrage des Miethzinses, als zu welchem er sich dem Aftervermiether verpflichtet

hat, verbunden werden [1]). In Rücksicht des Uebermaßes kann sich also der ursprüngliche Bestandgeber einzig an seinen nächsten Bestandnehmer und dessen vorfindige Fahrnisse halten. — Nur die auf dem Pachtgute erzielten und noch vorhandenen Früchte bleiben, weil sie ursprünglich und ihrer Natur nach schon verpfändet sind, ohne Rücksicht auf diesen Betrag verpfändet [2]).

12) Hat der Aftermiether dem Hauptmiether den Zins im voraus gezahlet, und der Hauptvermiether will sein Recht auf die Fahrnisse des Aftermiethers nach Maß dieses Zinses geltend machen, weil der Hauptmiether ihm den Zins nicht abgeführt hat; so kann der Aftermiether die Einwendung nicht machen, daß er den Zins bereits bezahlt habe, sondern muß dessenungeachtet denselben dem Hauptvermiether abführen, damit das Recht des Letzteren nicht von dem Aftermiether im Einverständnisse mit dem Hauptmiether nach Belieben vereitelt werden könne. Unter Vorauszahlung wird aber nur eine solche Zahlung verstanden, welche der Afterbestandnehmer vor der Zeit geleistet hat, als er zufolge der Vorschrift des Gesetzes, ohne eine besonders getroffene Verabredung, den Zins zu entrichten gehabt hätte. — Denn nur in diesem Falle kann ihm ein Verschulden beygemessen werden, weil er wissen mußte, daß er bis zur Verfallszeit des von ihm zu bezahlenden Zinses dem Hauptbestandgeber verantwortlich bleibe.

§. 1102.

Der Bestandgeber kann sich zwar die Vorauszahlung des Bestandzinses bedingen. Hat aber der Bestandnehmer mehr als Eine Fristzahlung voraus geleistet; so kann er dieselbe nur in dem Falle, daß sie in die öffentlichen Bücher eingetragen ist, den später eingetragenen Gläubigern entgegensetzen.

1) Obschon nach dem Gesetze der Bestandnehmer nur verpflichtet ist, den Bestandzins nach Verlauf eines halben Jah-

1) Siehe v. Scheidlein a. a. O. S. 62.
2) Zeillers Commentar Nr. 10.

res, oder bey einer kürzeren Bestandzeit nach Verlauf derselben zu entrichten (§. 1100); so ist doch hiervon der Fall einer besonderen Verabredung ausgenommen, und es ist kein Grund vorhanden, aus welchem der Vertrag, wodurch die Vorauszahlung des Bestandzinses bedungen wird, ungültig oder auch nur unerlaubt seyn soll. — Selbst eine ähnliche Beschränkung in der bedungenen Vorauszahlung, wie bey dem Darleihensvertrage (§. 997), ist hier, da der nähmliche Grund nicht vorhanden ist, nicht an ihrem Platze. Der Bestandnehmer kauft eigentlich den Gebrauch der Sache, und es steht daher kein Hinderniß entgegen, daß er den bedungenen Kaufpreis für die ganze Bestandzeit gleich anfänglich entrichte.

2) Nur in Beziehung auf die intabulirten Gläubiger enthält das Recht des Bestandgebers und Bestandnehmers, in Ansehung der Entrichtung des Pachtzinses eine beliebige Verabredung zu treffen, eine in der Natur ihres dinglichen Rechtes liegende Beschränkung. Denn zufolge des §. 457 erstreckt sich das Pfandrecht der intabulirten Gläubiger auch auf die noch nicht abgesonderten Früchte, und die noch nicht bezogenen Nutzungen der verpfändeten Sache. — Der Bestandgeber ist daher, sobald die Bestandsache mit Pfandlasten beschwert ist, nicht mehr uneingeschränkter Eigenthümer der Nutzungen, sondern es muß hier das Recht der Gläubiger, sich aus den Nutzungen der Sache zahlhaft zu machen, in Berücksichtigung genommen werden. Den bereits intabulirten Gläubigern kann also eine solche Vorauszahlung zu keinem Nachtheile gereichen. — Nur in der Berücksichtigung, daß an vielen Orten gebräuchlich und an mehreren derselben sogar durch politische Verordnungen angeordnet ist, daß der Zins immer halbjährig vorhinein entrichtet werde, gestattet auch hier das Gesetz, eine Fristzahlung im Voraus zu leisten, ohne daß sich dadurch die intabulirten Gläubiger in ihren Rechten auf die Früchte der Sache beeinträchtiget fühlen können. Hat aber der Bestandnehmer mehr als eine Fristzahlung im Voraus geleistet, so kann diese Vorauszahlung den bereits intabulirten Gläubigern durchaus zu keinem Nachtheile gereichen. — Hat z. B. der Bestand-

nehmer zu Georgi den Bestandzins bis Georgi des folgenden Jahres entrichtet, und der intabulirte Glaubiger hätte noch vor Michaeli die Sequestration der Bestandsache erwirket; so müßte der Bestandnehmer allerdings den Zins von Michaeli bis Georgi zum zweyten Mahle entrichten. — Gegen die etwa noch nachfolgenden Tabulargläubiger kann sich aber der Bestandnehmer dadurch sichern, daß er die Quittung über den bezahlten Bestandzins auf die Bestandsache in dem öffentlichen Buche eintragen läßt. Durch diese Eintragung wird den noch nicht eingetragenen Glaubigern erkennbar, in wie weit die Früchte der Bestandsache noch zur Bedeckung ihrer Forderungen dienen; sie können sich daher über eine solche Vorauszahlung nicht beschwert fühlen.

3) Die Eintragung der Quittung in das öffentliche Buch hat ohne Zweifel außer der hier erwähnten noch die weitere Wirkung, daß dadurch der Bestandnehmer auf das Bestandstück ein eventuelles Pfandrecht, nähmlich für den Fall erlange, als durch eine vor der Zeit geschehene Auflösung des Bestandvertrages, oder auf eine andere Weise der Bestandgeber zur Zurückzahlung eines Theiles des Bestandzinses verpflichtet würde.

§. 1103.

Zins in Früchten.

Wenn der Eigenthümer sein Gut mit der Bedingung überläßt: daß der Uebernehmer die Wirthschaft betreiben, und dem Uebergeber einen auf die ganze Nutzung sich beziehenden Theil, z. B. ein Dritt-Theil oder die Hälfte der Früchte geben soll; so entsteht kein Pacht- sondern ein Gesellschaftsvertrag, welcher nach den darüber aufgestellten Regeln beurtheilet wird.

Schon bey Erläuterung des §. 1090 wurde bemerkt, daß der Bestandpreis nicht gerade in barem Gelde bestehen müsse, sondern auch in anderen Gegenständen bestehen könne. Es ist auch nach dem Inhalte des gegenwärtigen §. gar kein Zweifel, daß er auch in Früchten entrichtet werden könne; jedoch muß die

Qualität und Quantität derselben bestimmt seyn. So kann sich bey Bestandgebung eines Landgutes ausbedungen werden, daß der Bestandnehmer anstatt eines Zinses im Gelde jährlich eine bestimmte Quantität Weitzen, Korn, Hafer u. dgl. entrichte. — Ganz verschieden aber hiervon ist die Bedingung, zufolge welcher ausgemacht wird, daß Derjenige, dem die Wirthschaftsführung eines Gutes überlassen wird, einen auf die ganze Nutzung sich beziehenden Theil geben soll. — Kraft einer solchen Bedingung wird, wie v. Zeiller bemerkt, von dem Eigenthümer des Gutes eine Hauptsumme herbeygeschafft, woraus der mittelst der Bemühung des andern Theiles erzielte Nutzen gemeinschaftlich seyn soll. — Ein solcher Vertrag ist also ein wahrer Gesellschaftsvertrag zum gemeinschaftlichen Erwerbe, welcher nach den im 27. Hauptstücke aufgestellten Vorschriften zu beurtheilen ist, woraus es geschehen kann, daß der Eigenthümer des Gutes nicht nur keinen bestimmten Preis, sondern gar keinen Gewinn erhalte, und eben so der andere Theil seine Bemühung einbüße (§§. 1183, 1193 und 1197).

§. 1104.

Fälle und Bedingungen einer Erlassung des Zinses.

Wenn eine in Bestand genommene Sache wegen außerordentlicher Zufälle, als: Feuer, Krieg oder Seuche, wegen großer Ueberschwemmungen, Wetterschläge oder wegen gänzlichen Mißwachses, gar nicht gebraucht oder benützt werden kann; so ist auch kein Mieth- oder Pachtzins zu entrichten.

1) In wie fern der Bestandnehmer in einem solchen Falle die gänzliche Aufhebung des Bestandvertrages fordern könne, wird später an dem Orte abgehandelt werden, wo von der Aufhebung des Bestandvertrages die Rede ist. — Hier berührt das Gesetz nur den Fall, in welchem entweder die gänzliche Aufhebung des Vertrages unzulässig, oder dem Bestandnehmer nicht anständig ist, dieselbe zu verlangen.

2) Der Grund der gegenwärtigen Vorschrift ist, weil der Bestandzins für den Gebrauch oder die Benützung der Sache bedungen wird, mithin die Verbindlichkeit, denselben zu bezahlen, erlischt, sobald der Gebrauch oder die Benützung der Sache unmöglich wird. Da dieser Grund sowohl auf Mieth- als Pachtverträge paßt, so ist kein Unterschied zwischen dem einen und andern zu machen. — Wenn daher das Pachtstück in Einem Jahre gar nicht benützt werden kann, so ist es einerley, ob dasselbe auf Ein oder auf mehr als Ein Jahr verpachtet worden sey; indem das Gesetz im gegenwärtigen §. diesen Unterschied nicht macht, den es im folgenden §. festsetzt, worin von dem Falle gehandelt wird, in welchem die Nutzungen des Pachtgutes unter den gewöhnlichen Ertrag gefallen sind, mithin dasselbe doch benützt worden ist.

3) Eine gänzliche Störung des Gebrauches oder der Benützung der Sache geschieht gewöhnlich durch einen außerordentlichen Zufall. Hier werden von dem Gesetze nur beyspielsweise solche Zufälle aufgezählt, und es schließt andere, diesen ähnliche Zufälle nicht aus. Herr Hofrath v. Zeiller vermehrt daher die angegebenen gesetzlichen Beyspiele noch durch folgende: ein Einsturz des Wohngebäudes durch Erdbeben, Einziehung und Verwendung des Bestandgutes zu öffentlichen Bedürfnissen, Erkrankung der zu einer Reise gemietheten Pferde. Hat der Bestandnehmer den Bestandzins schon im Voraus entrichtet, so ist der Bestandgeber schuldig, ihm jenen Betrag wieder zurück zu ersetzen, welchen der Bestandnehmer nach den hier aufgestellten Vorschriften nicht zu bezahlen gehabt hätte. — Wenn daher Jemand eine Wohnung gegen einen halbjährig zu bezahlenden Zins auf drey Jahre gemiethet hat, und dieselbe nach drey Monathen von dem Tage an, als er sie bezogen hat, durch eine entstandene Feuersbrunst unbrauchbar, jedoch binnen drey Monathen wieder hergestellt wird; ist er statt des halbjährigen nur einen dreymonathlichen Zins zu zahlen verbunden, und wenn er den halbjährigen Zins vorhinein bezahlt hat, einen dreymonathlichen zurückzufordern berechtiget. Eben so, wenn Jemand Grundstücke auf drey Jahre gepachtet, und ein Wetterschlag im zweyten Jahre die ge-

sammten stehenden Früchte zu Grunde gerichtet hat, ist der Pächter für das zweyte Jahr keinen Pachtzins zu entrichten schuldig [1]).

4) Liegt das Hinderniß in einem Verschulden eines Dritten, nicht in einem reinen Zufalle, wie z. B., wenn das Wohngebäude durch einen Dritten in Brand gesteckt worden wäre; so hat das Nähmliche zu gelten, weil dieses Verschulden eines Dritten in Bezug auf den Bestandnehmer doch nur als Zufall anzusehen ist, und der oben Nr. 2 angegebene gesetzliche Grund auch für diesen Fall vollkommen anwendbar ist. — Liegt dagegen das Hinderniß in einem Verschulden des Bestandnehmers selbst, oder in einem seine Person treffenden Zufalle; so kann von einer Erlassung des Bestandzinses keine Rede seyn (§. 1107). Eben so muß der Bestandnehmer den Unfall tragen, der seine eigenthümlichen Sachen, z. B. seine in das nachher abgebrannte Gebäude eingebrachten Fahrnisse, getroffen hat (§. 1311).

§. 1105.

Wird dem Miether der Gebrauch des Miethstückes nur zum Theile entzogen; so wird ihm auch ein verhältnißmäßiger Theil des Miethzinses erlassen. Dem Pächter gebührt ein Erlaß an dem Pachtzinse, wenn durch außerordentliche Zufälle die Nutzungen des nur auf Ein Jahr gepachteten Gutes um mehr als die Hälfte des gewöhnlichen Ertrages gefallen sind. Der Verpächter ist so viel zu erlassen schuldig, als durch diesen Abfall an dem Pachtzinse mangelt.

1) Wird dem Bestandnehmer der Gebrauch oder die Benützung des Bestandstückes nicht gänzlich, sondern nur zum Theile entzogen, z. B. wenn durch eine entstandene Feuersbrunst ein Theil der Wohnung durch einige Zeit, oder auch während der ganzen Dauer des Bestandvertrages unbrauchbar würde, oder wenn durch einen Wetterschlag die auf dem gepachteten Acker stehenden Früchte zum Theile, oder die auf einigen zu dem ge

1) Siehe v. Scheidlein a. a. O. S. 87.

pachteten Landgute gehörigen Grundstücken stehenden Früchte durch eine große Ueberschwemmung gänzlich zu Grunde gerichtet worden wären; so ist nach dem gegenwärtigen §. zwischen Miethungen und Pachtungen zu unterscheiden. Dem Miether wird in einem solchen Falle immer ein verhältnißmäßiger Theil des Miethzinses erlassen. — Um diesen verhältnißmäßigen Theil auszumitteln, muß sowohl auf die Dauer des entbehrten Gebrauches, als auf die Größe des Theiles, welcher dem Gebrauche entzogen worden ist, Rücksicht genommen werden. Ein jährliches Miethgeld von 4000 fl. litte also, wenn die Hälfte der Wohnung durch Ein Vierteljahr vermißt wurde, einen Abzug von 500 fl. Da übrigens der gegenwärtige §. im Zusammenhange mit dem vorigen §. erklärt werden muß, und dieser nur von außerordentlichen Zufällen spricht; so ergibt sich, daß diese Erlassung wegfalle, wenn der Zufall kein außerordentlicher, unvorhersehbarer wäre, wie z. B. kleine Ueberschwemmungen von Häusern nahe an einem nicht selten austretenden Flusse.

2) Was die Pachtungen anbelangt, so fand man Bedenken, die Nr. 1 angegebenen Bestimmungen auch auf solche anzuwenden, theils weil sie gewöhnlich solcher Zufälle wegen gefordert werden, die nicht, wie im vorigen Falle (§. 1104), die Benützung des Gutes entziehen, nicht die Substanz des Gutes, sondern vielmehr die Früchte treffen; theils weil der Abgang oder die Unfruchtbarkeit in einem Jahre durch die Fruchtbarkeit der übrigen ersetzt wird [1]).

3) Im gegenwärtigen Gesetzbuche sind dießfalls die nähmlichen Vorschriften beybehalten worden, welche bereits im galizischen Gesetzbuche, als dem Entwurfe des gegenwärtigen, aufgestellt worden sind, und zwar, wie v. Zeiller in seinem Commentare angibt, aus den Gründen: daß das römische Recht, welches von gleichen Grundsätzen ausging, auch in diesem Gegenstande bis dahin als Regel gegolten habe; daß in Gallizien, wo doch diese Pachtungen am häufigsten vorkommen, keine Beschwerden dagegen erhoben worden seyn; daß diese Vorschriften mit der angenommenen Regel, die Benützung als gekauft anzu-

1) Siehe v. Zeiller's Commentar Nr. 3.

sehen (§. 1094), übereinstimmten; daß sie den häufigen Ausflüchten und Chicanen der Pächter, die nur äußerst selten wiederhohlte außerordentliche Unglücksfalle ausweisen können, begegnen, und daß den Parteyen künftig, wie bisher, frey bleibe, andere Pachtbedingungen festzusetzen.

4) Zufolge den in unserem Gesetzbuche aufgenommenen Vorschriften kommt es nun bey Pachtungen darauf an, ob sie auf mehr als Ein Jahr, oder nur auf Ein Jahr errichtet worden sind. Sind sie auf mehr als Ein Jahr, also auch nur auf zwey Jahre errichtet worden, und die Benützung des Pachtgutes wird dem Pächter in dem einen oder dem anderen Jahre durch einen außerordentlichen Zufall, z. B. durch Mißwachs, sey es auch zum größeren Theile, entzogen; so gebührt ihm kein Einlaß an dem Pachtgelde, weil, wenn auch der Ertrag in einem Jahre unter dem gewöhnlichen war, derselbe doch in dem andern den gewöhnlichen übersteigen kann, mithin angenommen wird, daß die Unfruchtbarkeit des einen Jahres durch die Fruchtbarkeit des andern aufgewogen werde. — So wie also, wenn in einem sehr fruchtbaren Jahre der Ertrag des Pachtgutes den gewöhnlichen um Vieles übersteigt, der Pächter zu keinem höheren Pachtzinse verbunden ist, kann er auch in einem minder fruchtbaren Jahre nicht fordern, daß der Verpächter ihm einen Theil des Pachtzinses erlasse. Es ist zwar möglich, daß, wenn ein Pachtgut nur auf einige, z. B. zwey Jahre verpachtet worden ist, der Ertrag desselben in dem einen, so wie in dem anderen Jahre sehr gering ausfalle; allein da das Gesetz auf einer allgemeinen, aus dem, was meistens zu geschehen pflegt, abgeleiteten Vermuthung beruht; so bleibt es bey der Aussage desselben, wenn wirklich in einem besonderen Falle das Widerspiel erhellte, mithin bewiesen werden könnte, daß die Unfruchtbarkeit des einen Jahres durch die Fruchtbarkeit des anderen nicht ersetzt werde. — Vielleicht wollte das Gesetz bey Pachtungen, die über Ein Jahr dauern, dadurch auch die Parteyen antreiben, ordentliche Pachtverträge zu errichten, und in selben für solche ungewöhnliche Fälle ausdrückliche Verabredungen zu treffen.

5) Ist das Gut nur auf Ein Jahr gepachtet worden, so gebührt dem Pächter ein Einlaß an dem Pachtzinse nur dann, wenn durch außerordentliche Zufälle die Nutzungen des Gutes um mehr als die Hälfte des gewöhnlichen Ertrages gefallen sind. Was unter einem außerordentlichen Zufalle, der auch ohne die Verpachtung unmittelbar den Eigenthümer getroffen haben würde, zu verstehen sey, ist aus dem vorhergehenden §. zu entnehmen. Daß aber der Pächter, um über eine Verkürzung sich beschweren zu können, nicht einmahl die Hälfte des gewöhnlichen ganzen Ertrages (mit Rücksicht auf alle Theile des Pachtgegenstandes) erzielen müsse, ist, wie v. Zeiller bemerkt, der Analogie des Kaufes gemäß (§. 1060). Nach eben dieser Bemerkung kann der gewöhnliche Ertrag nach Abzug der Bestellungskosten aus dem Anschlage, oder, wenn die Verpachtung in Pausch und Bogen geschieht, aus den Gutsrechnungen des Verpächters [1]) oder Eigenthümers, oder anderer benachbarter Eigenthümer ähnlicher Grundstücke dargethan, oder auch, wie v. Scheidlein weiter bemerkt, durch sachverständige Männer bestimmet werden.

6) Die Frage, wie viel in einem solchen Falle der Verpächter an dem Pachtzinse zu erlassen schuldig sey, wird von dem gegenwärtigen §. dahin beantwortet, daß der Verpächter so viel zu erlassen schuldig sey, als durch diesen Abfall an dem Pachtzinse mangelt. — Ueber den eigentlichen Sinn dieser Worte sind die Meinungen getheilt. Einige legen diese Worte dahin aus, daß der Verpächter einen eben so großen Theil am Pachtzinse nachzulassen habe, als der Theil beträgt, um welchen sich der gewöhnliche Ertrag vermindert hat; so z. B., daß, wenn ein Pachtzins von 150 fl. bedungen worden, und das Pachtgut nur ein Drittheil des gewöhnlichen Ertrages abgeworfen hat, der Verpächter dem Pächter zwey Drittheile am Pachtzinse zu erlassen schuldig sey; mithin statt der bedungenen 150 fl. nur 50 fl. fordern könne. Andere aber glauben, daß der Verlust der Hälfte

1) In dem v. Zeiller'schen Commentare heißt es zwar: »Pächter« allein ich halte dieses für einen Druckfehler; denn es ist hier von dem Falle, als ein Gut nur auf Ein Jahr gepachtet ist, die Rede; daher können die Rechnungen des Pächters den gewöhnlichen Ertrag des verpachteten Gutes nicht ausweisen.

des gewöhnlichen Ertrages gar nicht in Anschlag zu bringen sey, sondern nur das Verhältniß des Pachtzinses zu den Nutzungen, die der Pächter unter der Hälfte des gewöhnlichen Ertrages bezogen hat, berücksichtiget werden müsse; mithin in dem gegebenen Beyspiele dem Pächter nur 25 fl. am Pachtschillinge erlassen werden müßten, der Pächter sohin noch immer 125 fl. an solchem zu fordern berechtiget wäre. — Da ich ganz der Meinung des Hrn. Reg. Rathes v. Scheidlein beypflichte, welcher die erstere Auslegung vertheidiget [1]), und ich seine Gründe für selbe auch ganz richtig und erschöpfend finde; so sey es mir erlaubt, die bezügliche Stelle hier mit einigen Abkürzungen wörtlich anzuführen. — „Die erstere Auslegung gründet sich a) auf die Worte des Gesetzes, und b) auf die Analogie der in dem §. 934 enthaltenen Vorschrift. In der letzten Periode des §. 1105 kann nähmlich unter dem Ausdrucke: „durch diesen Abfall," kein anderer verstanden werden, als derjenige, von dem in der vorhergehenden Periode die Rede war. Da nun in selber von einem Abfalle der Nutzungen um mehr als die Hälfte des gewöhnlichen Ertrages die Rede war, so sind die Worte der letzten Periode dieses §. dahin auszulegen, daß der Verpächter so viel zu erlassen schuldig sey, als durch den Abfall der Nutzungen um mehr als die Hälfte des gewöhnlichen Ertrages an dem Pachtzinse mangelt, das heißt, als der Pachtzins, welcher nach Maßgabe der gewöhnlichen Nutzungen bestimmt worden ist, eine geringere Summe hätte betragen müssen, wenn man diesen Abfall vorausgesehen hätte; und so wie nach der Analogie des §. 934, welche hier allerdings Statt findet, da die Nutzungen des Pachtgutes für gekauft anzusehen sind, ein Erlaß am Pachtzinse nicht angesprochen werden kann, wenn der Ertrag des Pachtgutes überhaupt geringer ist, als der gewöhnliche, sondern nur dann, wenn die Nutzungen um mehr als die Hälfte des gewöhnlichen Ertrages gefallen sind, weil auch ein Kaufvertrag nicht wegen jeder Verletzung, sondern nur wegen einer Verletzung über die Hälfte des wahren Werthes der Sache angefochten werden kann;

1) Am a. O. S. 95 — 93.

so muß nach eben dieser Analogie, wenn die Nutzungen des Pachtgutes um mehr als die Hälfte des gewöhnlichen Ertrages gefallen sind, nicht nur so viel am Pachtzinse erlassen werden, als mit dem Abfalle der Nutzungen unter der Hälfte des gewöhnlichen Ertrages, sondern so viel, als mit dem Abfalle der Nutzungen unter dem gewöhnlichen Ertrage im Verhältnisse steht; weil im Falle einer bey einem Kaufvertrage vorgegangenen Verletzung über die Hälfte des wahren Werthes der Sache die Aufhebung des Vertrages nicht dadurch, daß der eine Theil das ersetzt, was dem anderen bis zur Hälfte des wahren Werthes mangelt, sondern nur dadurch gehindert werden kann, daß der Abgang bis zum wahren Werthe ersetzet werde."

§. 1106.

Hat der Bestandnehmer unbestimmt alle Gefahren auf sich genommen; so werden darunter nur die Feuer- und Wasserschäden und Wetterschläge verstanden. Andere außerordentliche Unglücksfälle kommen nicht auf seine Gefahr. Verbindet er sich aber ausdrücklich, auch alle andere außerordentliche Unglücksfälle zu tragen; so wird deßwegen noch nicht vermuthet, daß er auch für den zufälligen Untergang des ganzen Pachtstückes haften wolle.

1) Der Grund der gegenwärtigen Vorschrift liegt darin, weil die in dem gegenwärtigen §. berührten Unglücksfälle unter den außerordentlichen Zufällen die gewöhnlicheren sind, und eben darum angenommen wird, daß der Bestandnehmer bey der Erklärung, alle Gefahren übernehmen zu wollen, nur diese Zufälle vor Augen gehabt, nicht aber auf andere Zufälle, die sich höchst selten ereignen, wie z. B.: Krieg, Erdbeben, Erdfall u. s. w. gedacht habe; mithin nur in Hinsicht auf diese Zufälle dem Rechte, einen Erlaß des Pachtzinses zu fordern, entsagt habe. — Diese müssen also insbesondere, oder auch durch den allgemeinen Ausdruck: „aller anderen außerordentlichen Gefahren (außer den obigen) oder aller Gefahren ohne Ausnahme u. dgl." eingeschlossen

werden; weil der Bestandnehmer durch dergleichen Beysätze hinlänglich zu erkennen gibt, daß er bey der Verzichtleistung auf den Erlaß des Bestandzinses auch die seltneren Zufälle vor Augen gehabt habe.

2) Selbst diese Ausdrücke, welche mehr als die minder ungewöhnlichen Unglücksfälle in sich begreifen, beziehen sich in der Regel nur auf jene Fälle, wo dem Bestandnehmer der Gebrauch des Bestandstückes nur zum Theile entzogen wird; und sind ohne eine ausdrückliche Erklärung nicht auch auf diejenigen auszudehnen, welche den Untergang des ganzen Pachtstückes zur Folge haben. — Dieses scheint mir wenigstens der Sinn des Schlußsatzes des gegenwärtigen §. zu seyn. — Indessen geben v. Zeiller und v. Scheidlein eine andere Erklärung desselben. Sie verstehen nähmlich den Nachsatz dahin, daß diese Ausdrücke nur von der Verzichtleistung auf eine Erlassung des Bestandzinses, nicht aber auch dahin zu verstehen seyn, daß der Bestandnehmer noch überdieß dem Bestandgeber für den an seinem Eigenthume zufällig erlittenen Schaden Ersatz leisten solle. Allein bey dieser Auslegung geräth man in Verlegenheit, wie man den Ausdruck „des ganzen Pachtstückes" zu deuten habe; denn gewiß wird man nicht geneigt seyn, anzunehmen, daß man mit dem Ausdrucke, „der Bestandnehmer nehme alle Gefahren ohne Ausnahme auf sich," auch den Sinn zu verbinden habe, daß, wenn nur ein Theil des Bestandstückes zerstört werden sollte, der Bestandnehmer diesen Theil dem Bestandgeber zu ersetzen sich verpflichte. Beyde Commentatoren finden sich daher auch genöthiget, den Schlußsatz des gegenwärtigen §. in zwey Sätze zu zergliedern, und deuten diese Gesetzesstelle dahin: Wenn auch die Ausdrücke auf alle Gefahren ohne Ausnahme lauten, so könne man doch nur die Verzichtleistung auf den Bestandzins darunter begreifen; sollten aber diese Ausdrücke sogar dahin gehen, daß der Bestandnehmer dem Bestandgeber sogar den zufälligen Schaden, den das Bestandstück leidet, ersetzen wolle; so sey auch dieser Ausdruck (ohne eine ausdrückliche Erklärung) nicht auf eine höchst ungewöhnliche Ereignung des gänzlichen Untergangs des Bestandstückes zu beziehen. Allein ich halte diese Auslegung für

etwas gezwungen; wäre diese Deutung die Absicht und der Sinn des Gesetzgebers, so hätte er in dem §. offenbar einen Satz übergangen, was man, ohne dazu genöthigt zu seyn, nicht annehmen kann. Meine Erklärung dieser Gesetzesstelle weicht offenbar dieser Schwierigkeit aus, und ist der Natur der Sache angemessener. Uebrigens unterstütze ich sie noch durch folgende Gründe: a) Der gegenwärtige §. redet, so wie die beyden vorhergehenden und nachfolgenden §§. lediglich von den Bedingungen der Erlassung des Bestandzinses, und erst die §§. 1109 — 1111 handeln die Bestimmungen ab, in welchem Zustande das Bestandstück nach geendeter Pachtzeit zurückgestellt werden müsse. Insbesondere aber sagt der §. 1111, daß Miether und Pächter sowohl für ihr eigenes, als des Afterbestandnehmers Verschulden, nicht aber für den Zufall, haften. Nach der sohin von dem Gesetzgeber beobachteten Ordnung in Darstellung der aus dem Bestandvertrage hervorgehenden Rechte und Verbindlichkeiten war daher die Frage, in wie weit der Bestandnehmer auch für die Integrität der Substanz des Bestandgutes zu haften habe, in den gegenwärtigen §. gar nicht gehörig. — b) Wenn man den gegenwärtigen §., losgerissen von den ihn umgebenden Gesetzesstellen, lesen wollte; so müßte man gleichfalls auf den Gedanken gerathen, daß, wenn der Bestandnehmer sich erklärt, alle Gefahren auf sich zu nehmen, er dem Bestandgeber jene Beschädigungen vergüten müßte, welche dem Bestandstücke durch Feuer- und Wasserschäden und Wetterschläge verursacht worden sind. Allein die diesen §. umgebenden Gesetzesstellen zeigen, daß hier nicht von der Substanz, sondern nur von den Nutzungen des Bestandstückes die Rede sey; und man ist daher auch berechtigt zu schließen, daß im Schlußsatze ebenfalls nur von jenem Entgang der Nutzungen die Rede sey, welcher durch den Untergang des ganzen Bestandstückes entstehet. — c) Die Gefahr auf sich nehmen, und haften sind im Allgemeinen gleichbedeutende Ausdrücke, wie aus den §§. 1047 — 1051 klar hervorleuchtet. — Darum scheint es mir auch, daß der Gesetzgeber unter dem Ausdrucke „haften" im Schlußsatze des gegenwärtigen §. gar nichts anders verstanden habe, als was er in dem Vordersatze unter

dem Ausdrucke „Gefahren auf sich genommen" gesagt hat. So wie sich nun diese nur auf die entgangenen Nutzungen, nicht aber auf die Substanz der Sache beziehen, so beziehet sich auch der Ausdruck „haften" im Schlußsatze auf den Entgang jener Nutzungen, die aus dem zufälligen Untergang des ganzen Bestandstückes entspringen. d) Scheint meine Auslegung auch mit dem Geiste des gegenwärtigen §. vollkommen zu harmoniren, welcher vorzüglich dasjenige berücksichtiget, was die Parteyen bey Festsetzung ihrer gegenseitigen Rechte und Verpflichtungen vor Augen haben. — Nun hat Derjenige, welcher sich verpflichtet, alle Unglücksfälle ohne Ausnahme auf seine Gefahr zu nehmen, doch sehr wahrscheinlich nur theilweise oder zeitliche Entziehung des Gebrauches des Bestandstückes, keineswegs aber den Fall vor Augen, daß dasselbe gänzlich untergehe.

3) Der Ausdruck „Pachtstück", dessen sich der gegenwärtige §. am Schlusse bedient, könnte gleichfalls zu der Meinung verleiten, daß das Gesagte nur bey Pacht-, nicht auch bey Miethverträgen gelte. — Allein da der Eingang dieses §. von einem Bestandnehmer ohne Unterschied, ob er ein Miether oder Pächter sey, spricht, läßt in Verbindung mit der Betrachtung, daß kein Grund erkennbar sey, warum hier zwischen Miethungen und Pachtungen ein Unterschied gemacht werden soll, schließen, daß der Ausdruck „Pachtstück" hier offenbar nicht absichtlich gewählt sey, sondern gleichbedeutend mit Bestandstück überhaupt genommen werden müsse.

§. 1107.

Wird der Gebrauch oder Genuß des Bestandstückes nicht wegen dessen Beschädigung oder sonst entstandener Unbrauchbarkeit, sondern aus einem dem Bestandnehmer zugestoßenen Hindernisse oder Unglücksfalle vereitelt; oder waren zur Zeit der Beschädigung die Früchte von dem Grunde schon abgesondert: so fällt die widrige Ereignung dem Bestandnehmer allein zur Last. Er muß den Zins doch entrichten.

1) Der erste Absatz des gegenwärtigen §. ist eine consequente Folgerung aus dem bey der Lehre von dem Rechte des Schadenersatzes und der Genugthuung §. 1311 aufgestellten Grundsatze, daß der bloße Zufall Denjenigen treffe, in dessen Person er sich ereignet hat. — Wenn also Jemand eine Wohnung gemiethet hat, und dieselbe in der gehörigen Zeit zu beziehen außer Stande ist, weil er in Staatsgeschäften eine Reise hat unternehmen müssen; oder, wenn Jemand durch eine Krankheit, welche ihn unvorgesehen befallen hat, gehindert worden ist, von der gemietheten Wohnung sogleich Gebrauch zu machen, ist nichts desto weniger der ganze bedungene Zins zu entrichten, und es steht dem Bestandnehmer nur frey, sich allenfalls durch einen Afterbestand zu entschädigen. Eben so ist der ganze Pachtzins, wenn auch das Gut nur auf Ein Jahr gepachtet worden wäre, in dem Falle zu entrichten, als der Pächter bey annahender Feindesgefahr das Pachtgut verlassen, und die schon reifen Früchte nicht geerntet hat [1]).

2) Auf gleiche Weise muß der Bestandnehmer den Unfall tragen, der sich an seinem und nicht an des Bestandgebers Eigenthume ereignet. — So lange die Früchte von Grund und Boden nicht abgesondert sind, sind sie als ein Zugehör desselben, und daher als ein Eigenthum des Bestandgebers zu betrachten; sind sie aber bereits abgesondert, z. B. es ist das Korn bereits geschnitten, das Gras gemähet, dann gehen sie in das Eigenthum des Bestandnehmers über, ohne Unterschied, ob sie sich noch auf dem Felde befinden, oder bereits in die Scheuer eingebracht sind. Es ist also auch die weitere Anordnung des gegenwärtigen §., daß, wenn zur Zeit der Beschädigung die Früchte bereits abgesondert waren, die widrige Ereignung dem Bestandgeber allein zur Last falle, ganz in den allgemeinen Grundsätzen, welche das Gesetzbuch in Ansehung der Entschädigungsleistung aufstellet, gegründet. Zudem kömmt noch, daß, wie v. Scheidlein bemerkt, die Benutzung des Pachtgutes als gekauft anzusehen ist, und durch die Absonderung der Nutzungen der Kaufgegenstand als

1) Siehe v. Scheidlein am a. O. §. 22.

übergeben zu betrachten ist, daher auch die Anordnung des §. 1064 hier in Anwendung tritt. Dieser in den Regeln der Gerechtigkeit gegründeten Lehre stehet auch die Billigkeit nicht entgegen, da es den Parteyen freysteht, andere Pachtbedingungen festzusetzen.

3) In so ferne die abgesonderten Früchte zur Fortsetzung des ordentlichen Wirthschaftsbetriebes erforderlich, und hierzu wirklich bestimmet sind, werden sie von dem Gesetze als unbewegliche Sachen angesehen (§. 296), und machen als Zugehör gleichsam einen Theil des Pachtgutes selbst aus. Es kann also dasjenige, was oben (Nr. 2) von abgesonderten Früchten überhaupt gesagt worden ist, nicht auf jene Gattung der Früchte angewendet werden, welche zur Fortsetzung des ordentlichen Wirthschaftsbetriebes gewidmet sind. Zufällige Beschädigungen, welche sich an diesen Früchten ereignen, sind daher eben so anzusehen, als ob sie sich in dem Pachtgute selbst ergeben hätten. — Daher tritt hier der §. 1096 in Anwendung. — Durch diese Auslegung wäre daher auch ein Vorwurf beseitiget, welchen der rühmlichst bekannte verstorbene königlich-baierische Staatsrath v. Gönner, der übrigens die Verdienste unseres Gesetzbuches im Allgemeinen sehr heraushebt, der Anordnung des gegenwärtigen §. in Bezug auf Zweckmäßigkeit machet. — Ich glaube hier nicht, die Rüge befürchten zu müssen, daß ich eine vom Gesetze als unzulässig erklärte einschränkende Auslegung des Gesetzes gemacht habe, da der gegenwärtige §. ganz allgemein von abgesonderten Früchten redet, und keinen Unterschied macht, ob dieselben zum Genusse oder zum weiteren Betriebe der Wirthschaft bestimmet sind. — Denn eine sich aus anderen Gesetzesstellen, welche mit der zu erklärenden in Uebereinstimmung gebracht werden muß, sich ergebende Einschränkung ist keine vom Gesetze als unzulässig erklärte einschränkende Auslegung des Gesetzes. Die vorhergehenden §§. 1104 u. 1105 reden offenbar nur vom Entgange der Nutzungen; es können daher auch in dem gegenwärtigen §., welcher Ausnahmen von den in den so eben erwähnten Paragraphen enthaltenen Anordnungen festsetzet, unter dem Ausdrucke „Früchte" nur diejenigen verstanden werden, welche als Nutzungen des

gepachteten Grundstückes anzusehen sind. Unter diese können aber jene Früchte nicht gerechnet werden, die nicht zum Verkaufe, sondern zur Bewirthschaftung des Gutes gewidmet sind; denn wären z. B. in einem Jahre nur so viel Früchte gewonnen, als zur weiteren Bewirthschaftung des Gutes erforderlich sind, so wird man mit vollem Rechte behaupten, daß der Pächter gar keine Nutzungen bezogen habe. — Wenn daher durch einen Zufall die zur weiteren Bewirthschaftung des Gutes bestimmten Früchte eine Beschädigung erleiden, so kann zwar der Pächter dießfalls keinen Nachlaß an dem Pachtzinse ansprechen, wohl aber fordern, daß der Abgang von dem Verpächter herbeygeschafft werde, weil dieser verbunden ist, das Bestandgut im brauchbaren Stande zu erhalten, und das Gesetz von der Regel nur in so fern eine Ausnahme macht, als es sich um die gewöhnlichen Ausbesserungen der Wirthschaftsgebäude handelt.

§. 1108.

Behauptet der Pächter den Erlaß des ganzen Pachtzinses, oder eines Theiles davon, entweder aus dem Vertrage oder aus dem Gesetze; so muß er dem Verpächter ohne Zeitverlust den geschehenen Unglücksfall anzeigen, und die Begebenheit, wenn sie nicht landkündig ist, gerichtlich, oder wenigstens durch zwey sachkündige Männer erheben lassen; ohne diese Vorsicht wird er nicht angehört.

1) Der gegenwärtige §. redet bloß von dem Pächter und von dem Erlasse des Pachtzinses. Hr. Hofrath v. Zeiller aber redet in seinem Commentare von dem Bestandnehmer, und scheint daher von der Ansicht auszugehen, daß der gegenwärtige §. auch auf Miethungen auszudehnen sey. Hr. Regierungsrath v. Scheidlein [1]) dagegen bleibt bey den Worten des Gesetzes stehen, und ist der Meinung, daß gegenwärtiger §. auf Miethungen nicht

1) Am a. O. §. 21.

ausgedehnt werden könne. Als muthmaßlichen Grund des Gesetzes führt er an, weil der Umstand, daß der Gebrauch des Miethstückes dem Miether ganz oder zum Theile entzogen worden sey, in die Augen fällt, z. B. der Umstand des ganz oder zum Theile abgebrannten Hauses; oder doch auch später noch leicht bewiesen werden kann, z. B. der Umstand einer Ueberschwemmung, die den Miether gehindert hat, das gemiethete Gebäude zu bewohnen; wo hingegen der Umstand, daß der Pächter das Pachtgut gar nicht, oder nur zum Theile habe benützen können, sich später gar nicht mehr, oder doch sehr schwer erheben läßt, wie z. B. im Falle einer feindlichen Verheerung. Obschon mir der Grund dieses Unterschiedes zwischen Pacht und Miethe nicht ganz genügend scheint, indem auch bey einem Miethstücke Beschädigungen vorfallen können, die nicht in die Augen fallen; so glaube ich doch der letzteren Meinung (jedoch unter der gleich unten folgenden Beschränkung) aus dem Grunde beytreten zu müssen, weil sich über die Worte des Gesetzes nicht hinausgehen läßt. Ich glaube hier nicht den Einwurf fürchten zu müssen, daß ich ja auch bey Erläuterung des §. 1106 den Ausdruck „Pachtstück" in Bestandstück umwandelte; hierzu berechtigte nebst dem anscheinend gleichen Grunde selbst der Ausdruck Bestandgeber, dessen sich der Gesetzgeber in dem ebenerwähnten §. bediente, wogegen in dem gegenwärtigen §. immer nur von Pächter, Verpächter und Pachtzins die Rede ist. — Indessen kann diese Bemerkung nur von der am Schlusse des gegenwärtigen §. getroffenen Anordnung gelten, da schon bey Erläuterung des §. 1096 bemerkt worden ist, daß der Bestandnehmer überhaupt, folglich auch der Miether, verbunden sey, dem Bestandgeber die Anzeige zu machen, wenn dem Bestandstücke eine Beschädigung zugehet.

2) Nebst der Anzeige an den Verpächter ist daher der Pächter in dem Falle einer zufälligen Beschädigung, wenn er den Nachlaß eines Pachtzinses ansprechen will, verpflichtet, die Begebenheit, welche die Beschädigung verursachte, wenn sie nicht ohnehin landkündig (notorisch) ist, gerichtlich oder wenigstens durch zwey sachkündige Männer erheben zu lassen. Herr Reg.

Rath v. Scheidlein ist der Meinung, daß auch die Verpflichtung zur Anzeige wegfalle, wenn die Begebenheit landkündig ist. — Allein er muß bey dieser Auslegung des Gesetzes selbst annehmen, daß der gegenwärtige §. nicht erschöpfend abgefaßt sey; daß in diesem Falle der Ausdruck: „wenn die Begebenheit nicht landkündig ist", schon in den Vordersatz gehört hätte. — Allein es ist kein Grund anzunehmen, daß der Gesetzgeber den Beysatz „wenn die Begebenheit nicht landkündig ist" nicht absichtlich erst dem zweyten Satze beygerückt habe, und zwar um so weniger, als der §. 1096 den Bestandnehmer, und insbesondere den Pächter ohne Unterschied, ob die Begebenheit landkündig ist oder nicht, zur Anzeige verpflichtet, und auch das preußische Gesetzbuch diese Anzeige ganz unbedingt fordert [1]).

3) Die Erhebung der Begebenheit kann auf zweyfache Art geschehen, entweder gerichtlich mittelst eines von dem Gerichte angeordneten Augenscheins, oder, besonders dann, wenn Gefahr am Verzuge obwaltet, wenigstens durch zwey sachkündige Männer, also mittelst eines außergerichtlichen Augenscheins, welcher ohne Beyseyn des Gerichtes und ohne Beeidigung der Sachverständigen (denn, wer soll sie in diesem Falle beeiden?) vorgenommen wird. Es scheint indessen nicht zweifelhaft, daß, wenn in der Folge die Richtigkeit des Befundes von dem Verpächter angefochten wird, die Sachverständigen hierüber eidlich abgehört werden müssen.

4) Da es indessen wünschenswerth ist, daß der Verpächter selbst bey Vornahme des Augenscheins erscheine, so kann nach meiner Meinung, wenn nicht Gefahr am Verzuge obwaltet, damit allerdings so lange zugewartet werden, bis es demselben möglich ist, dabey selbst oder durch einen Bevollmächtigten zu interveniren. — Für keinen Fall kann dem Pächter ein Saumsal zur Last gelegt werden, wenn er ohne unnöthigen Zeitverlust das Gesuch um Anordnung einer Augenscheins-Tagsatzung gestellet hat, und das Gericht selbst mit Vornahme desselben zögert.

---

1) I. Th., 21. Tit. §. 480.

5) Unterläßt der Pächter die in diesem §. enthaltenen Vorschriften, so wird er nicht gehört, d. h. er kann keinen Erlaß am Pachtzinse fordern, wenn er wirklich den geschehenen Unglücksfall und den ihm dadurch verursachten Entgang der Nutzungen zu beweisen sich erböthe.

§. 1109.

4) Zurückstellung.

Nach geendigtem Bestandvertrage muß der Bestandnehmer die Sache, dem etwa errichteten Inventarium gemäß, oder doch in dem Zustande, in welchem er sie übernommen hat; gepachtete Grundstücke aber mit Rücksicht auf die Jahreszeit, in welcher der Pacht geendiget worden ist, in gewöhnlicher wirthschaftlicher Cultur zurückstellen. Weder die Einwendung des Compensations-Rechtes, noch selbst des früheren Eigenthumsrechtes kann ihn vor der Zurückstellung schützen.

§. 1110.

Wenn bey dem Bestandvertrage kein Inventarium errichtet worden ist; so tritt die nähmliche Vermuthung, wie bey der Fruchtnießung (§. 518) ein.

1) Der Bestandgeber soll, dem Begriffe des Bestandvertrages gemäß, zwar während der Bestandzeit den ordentlichen Gebrauch und Genuß entbehren, indem derselbe für diese Zeit als verkauft anzusehen ist; allein die Substanz des Bestandgutes, mit allen seinen Theilen und Zugehörungen, soll er nach Ende der Bestandzeit ganz unversehrt und so zurück erhalten, als wenn keine Bestandnehmung vorgegangen wäre.

2) Gewöhnlich wird bey der Bestandnehmung ein Inventarium errichtet, und ist dieses geschehen, so zeigt dasselbe bey Beendigung des Bestandvertrages, welche Bestandstücke und in welchem Zustande sie übergeben worden, daher auch zurückgestellt

werden sollen. — Außerdem aber streitet, wie bey der Fruchtnießung, die Vermuthung, daß der Bestandnehmer das Bestandgut sammt allen zum ordentlichen Gebrauche und Genusse erforderlichen Stücken im brauchbaren Zustande von mittlerer Beschaffenheit erhalten habe (§. 518). Aus dieser gesetzlichen Anordnung folgt auch, daß der Bestandnehmer seine eigenthümlichen Sachen, und jenes, was über den Empfang vorhanden ist, zurücknehmen könne. In Rücksicht der Verbesserungen hat er die Rechte eines Geschäftsführers ohne Auftrag (§. 1097). Um über den eigentlichen Sinn der gesetzlichen Anordnung, daß der Bestandnehmer das Bestandstück in dem nähmlichen Zustande zu übergeben habe, als er dasselbe übernommen hat, eine klare Ansicht zu bekommen, muß die gegenwärtige Anordnung mit der des folgenden §. verglichen werden (§. 1111 Nr. 2).

3) In Ansehung gepachteter Grundstücke fordert das Gesetz insbesondere, daß sie in dem Zustande zurückgestellt werden sollen, in welchem sie sich bey einer ordentlichen, landwirthschaftlichen Cultur in dem Zeitpuncte, in welchem sie übergeben werden (z. B. mit dem gehörigen Vorrathe zur Aussaat), befinden sollen.

4) Der Bestandnehmer muß nach geendigtem Bestandvertrage das Bestandstück sogleich zurückstellen, und darf dasselbe unter keinem Vorwande mehr in seiner Innehabung behalten. — Würde der Bestandnehmer die Zurückgabe verweigern, oder mit derselben zaudern; so stünde dem Bestandgeber bevor, denselben im gerichtlichen Wege mittelst Anbringung einer ordentlichen Klage hierzu zu verhalten. Er würde aber nicht gut thun, wenn er die Eigenthumsklage gegen ihn anbringen würde, weil er sich in diesem Falle selbst ohne Noth den strengen Beweis des Eigenthumes des Bestandstückes aufladen würde. Zudem muß ja der Bestandgeber nicht gerade Eigenthümer des Bestandstückes, er kann ja bloßer Fruchtnießer desselben seyn; ja, auch der Bestandnehmer selbst muß ja das Recht haben, den Afterbestandnehmer nach Ausgang des Afterbestandvertrages zur Herausgabe zu verhalten. Die Verpflichtung, das Bestandstück nach geendetem Bestandvertrage zurückzustellen, fließt ja aus dem Vertrage selbst; es hat daher der Bestandgeber nur nöthig, diesen Bestandvertrag

zu produciren. — Nach §. 1093 kann der Eigenthümer selbst in die Lage kommen, den Gebrauch seiner eigenen Sachen in Bestand zu nehmen; wie soll nun der Bestandgeber hier mit der Eigenthumsklage gegen den Bestandnehmer auftreten können?

5) Herr Landrechts-Präsidento Dominik Edler v. Drdacki beantwortet in einer ausführlichen Abhandlung die Frage: ob die Rechtsmittel der Erhaltung im Besitze und Wiedereinsetzung in denselben auf Pächter und Verpächter anwendbar seyn und in wie weit? — dahin, daß die beyden Rechtsmittel der Erhaltung im Besitze und Wiedereinsetzung in denselben, auf Pächter und Verpächter als solche gar nicht anwendbar seyn, ohne Unterschied, ob der Pachtvertrag in den öffentlichen Büchern eingetragen sey oder nicht. — Die Gründe seiner Behauptung bestehen wesentlich in Folgendem:

a. Es gibt keine andere Art der dinglichen Rechte, als welche im §. 308 aufgeführt sind. Es können daher auch die gesetzlichen Bestimmungen, welche den dinglichen Rechten eigenthümlich und ausschließend zukommen, keineswegs auf persönliche Sachenrechte, worunter die des Pächters und Verpächters gehören, angewendet werden.

b. Zur Erwerbung eines dinglichen Rechtes ist nothwendig, daß man dasselbe in Besitz bekomme. Daher werden mit dem Nahmen: Besitz, alle dinglichen Rechte bezeichnet und begriffen. Es gibt also nach dem Ausspruche des §. 308 nur einen eigenthümlichen, einen Pfand-, Dienstbarkeits- und Erbschaftsbesitz, aber keinen Pachtbesitz. Der Pacht ist nichts anders, als Kauf und Verkauf der künftigen Früchte. So wenig nun der Käufer einer Sache, ohne deren Uebernahme in Besitz, Eigenthümer wird, so wenig wird es der Pächter, bevor er die gepachteten Früchte wirklich erhoben hat. Die noch nicht abgesonderten und bezogenen Früchte erklärt das Gesetz ausdrücklich als Zugehör der Sache, also als Eigenthum ihres Besitzers (§§. 294, 295 und 457). Der Pacht gibt nur einen Titel zum Besitze, aber nicht den Besitz selbst.

c. Wer nun nicht im Besitze ist, kann darin weder gestört noch erhalten, und wer niemahls im Besitze war, der kann nicht

wieder eingesetzt werden. Hieraus ergibt sich die nothwendige Folge, daß der Pächter, wenn er um die Erhaltung im Pachtbesitze und Schutz gegen Störung Klage führt, oder die Wiedereinsetzung in den Pachtbesitz via possessorii summarissimi anspricht, zurückgewiesen werden müsse.

d. An diesem Rechtsverhältnisse wird nichts geändert, wenn der Vertrag in die öffentlichen Bücher eingetragen wird; denn die erfolgte Intabulation bringt keine andere Wirkung hervor, als daß erstens der Pachtnehmer das Pfandrecht in Rücksicht des ihm gebührenden Ersatzes erwirbt, wenn der Vertrag vor Ablauf der bedungenen Zeit von dem persönlich verbundenen Pachtgeber oder dessen Nachfolger im Gutsbesitze widerrechtlich, d. i. ohne gesetzlichen Grund (§. 1118) gebrochen würde (§§. 1120 und 1121), und daß zweytens dem Pächter das Klagrecht unmittelbar gegen den neuen Besitzer wie ein dingliches zusteht, obwohl dieser den Vertrag nicht eingegangen hat, folglich von dem Pachtnehmer ohne vorausgegangener Verbücherung gar nicht belangt werden könnte (§. 307).

Ich will nun über diese hier aufgestellten Sätze meine Meinung aussprechen:

ad a. Der hier aufgestellten Behauptung wurde schon durch die bey Erläuterung des §. 307 angeführte Bemerkung begegnet, daß es zweyerley Arten von dinglichen Rechten gebe, nähmlich solche, die ihrer Natur nach, und solche, die ihrer Wirkung nach dinglich sind. Nur von den ersteren ist im §. 308 die Rede.

d b. Daß zur Erwerbung eines dinglichen Rechtes die Uebereinkommung in Besitz erforderlich sey, ist in so fern richtig, als es sich um Erwerbung eines seiner Wirkung nach dinglichen Rechtes handelt. Es ist aber nicht einzusehen, wie aus diesem aufgestellten Grundsatze die Folgerung gezogen werden könne, daß nur (und zwar ihrer Natur nach) dingliche Rechte in Besitz überkommen werden; daß es daher nur einen Eigenthums-, Pfandrechts-, Dienstbarkeits- und Erbrechts-Besitz geben könne. Der §. 312 redet im Allgemeinen von dem Besitze unkörperlicher Sachen oder Rechte, und schreibt vor, wie

man in den Besitz solcher Rechte kommen könne, nähmlich durch den Gebrauch im eigenen Nahmen, d. i. durch die Ausübung. Bey dem Pachte ist der Besitz des Rechtes, die Nutzungen der verpachteten Sache zu beziehen, von dem Besitze der Früchte selbst zu unterscheiden. Die Früchte selbst bekommt der Pächter freylich erst durch die Absonderung derselben in Besitz, aber den Pachtbesitz selbst, d. i. den Besitz des Rechtes, die Früchte des verpachteten Gutes zu beziehen, erlangt er durch den wirklichen Gebrauch, den er von dem verpachteten Gute macht. — Aus dieser Bemerkung folgt, daß der Pächter, wenn der Eigenthümer des gepachteten Gutes die Früchte, auf die ihm zufolge des Pachtverhältnisses kein Recht zustehet, selbst bezogen und sich zugeeignet hätte, dieselben nur mittelst der Entschädigungsklage, nicht aber aus dem Grunde des unechten Besitzes zurückfordern könne. Diese Bemerkung steht aber der weitern Behauptung nicht entgegen, daß, wenn der Verpächter dem Pächter den Gebrauch der verpachteten Sache eigenmächtig wieder entziehen will, Letzterer das Recht habe, zur Erhaltung seines Pachtbesitzes die richterliche Hülfe anzurufen, oder in so fern diese zu spät kommen würde, selbst Gewalt mit angemessener Gewalt abzutreiben (§. 344), oder im Falle er durch den Verpächter schon wirklich durch Gewalt außer Lage gesetzt wurde, die Sache vertragsmäßig zu gebrauchen, nach §. 346 die Zurücksetzung in die vorige Lage von dem Gerichte zu begehren. Der Pachtvertrag an und für sich gibt freylich noch keinen Besitz, sondern nur den Titel zum Besitze wird daher dem Pächter von dem Verpächter nach abgeschlossenem Vertrage die Uebergabe der Sache zum Gebrauche (§. 1096) verweigert, so steht dem Ersteren freylich noch kein possessorisches Rechtsmittel zu Gebothe, sondern er muß dießfalls in petitorio auftreten; anders verhält sich aber die Sache, wenn der Pachtgegenstand dem Pächter bereits zum Gebrauche und Genusse übergeben worden ist, da er durch diese Uebergabe den wirklichen Pachtbesitz erlangt.

ad c. Durch die obigen Gegenbemerkungen (a und b) zerfällt die hier aufgeführte, lediglich als Folgerung der Vordersätze gezogene Behauptung von selbst.

ad d. Mit dieser Behauptung, in so fern sie gegen die Annahme eines Servitutsrechtes gerichtet ist, bin ich, wie aus der Erläuterung des §. 1093 Nr. 3 zu ersehen ist, vollkommen einverstanden. Allein dieses thut der Behauptung, daß es einen Pachtbesitz gebe, keinen Eintrag, weil dieser, wie gezeigt worden, auf anderen Verhältnissen beruht [1]).

6) Als Resultat dieser hier gemachten Bemerkungen ergibt sich, daß der Verpächter, wenn ihm der Pächter nach geendeter Pachtzeit die Uebergabe des Pachtgutes verweigert, in via possessorii summarissimi (§. 346) die Uebergabe des Pachtgutes gerichtlich fordern könne. — Denn nach Verlauf der bedungenen Zeit mangelt dem Pächter der Titel zur Fortsetzung seines Pachtbesitzes; seine Weigerung, die Sache zurückzustellen, erscheint sohin als ein eigenmächtiger Schritt, den Pachtbesitz fortzusetzen, und ein Recht, das ihm nur für einen bestimmten Zeitpunct eingeräumt worden ist, in ein immerwährendes Recht zu verwandeln, er wird sohin nach dem Inhalte des §. 345 zum unechten Besitzer. — Damit jedoch der Verpächter von diesem Rechtsmittel Gebrauch machen könne, ist nöthig, a) daß er sich ausweise, für welchen Zeitpunct er dem Pächter das Gut zum Gebrauch eingeräumt habe, und b) daß er gleich nach beendeter Pachtzeit ohne unnöthige Zögerung die Klage anbringe, indem sonst zum wenigsten der Zweifel entstünde, als ob der Pachtvertrag nicht als stillschweigend erneuert anzusehen sey (§. 1114).

7) Auf gleiche Weise kann der Pächter, wenn er von dem Verpächter ungerechter Weise in der Benützung des Pachtstückes gestört wird, auf eben diesem Wege die richterliche Hülfe ansprechen. Er hat in diesem Falle seinen Pachtbesitz und den Umstand der Störung desselben zu erweisen. — Das, was hier von Pächter und Verpächter gesagt wurde, gilt auch, in so weit durch Gesetze nicht etwas Besonderes festgesetzt ist, für Miether und Vermiether.

---

1) Ueber diesen Gegenstand kann gelesen werden die Abhandlung des Herrn Landrechtspräsidenten Carl Wittig in der Wagn. Ztschft 1831, VII. Heft, S. 29 — 35.

§. 1111.

Wird das Mieth- oder Pachtstück beschädiget, oder durch Mißbrauch abgenützt; so haften Miether und Pächter sowohl für ihr eigenes, als des Afterbestandnehmers Verschulden, nicht aber für den Zufall. Doch muß der Bestandgeber den Ersatz aus dieser Haftung längstens binnen Einem Jahre nach Zurückstellung des Bestandstückes gerichtlich fordern; sonst ist das Recht erloschen.

1) Jedermann ist berechtiget, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen ihn dieser aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern (§. 1295). Schon aus diesem allgemeinen, bey der Lehre von dem Rechte des Schadenersatzes und der Genugthuung aufgestellten Grundsatze fließt die Verpflichtung des Bestandnehmers, jene an der Bestandsache sich ergebenen Beschädigungen gut zu machen, welche in seinem (Bestandnehmers) Verschulden ihren Grund haben. — Der gegenwärtige §. spricht diese Verpflichtung insbesondere, und dehnet sie auch auf das Verschulden des Afterbestandnehmers ohne Unterschied aus [1]), ob der Bestandnehmer denselben ohne Einfluß des Bestandgebers, oder mit seinem Einflusse gewählet habe; weil Letzterer nur mit dem Afterbestandgeber in einem Contractsverhältnisse steht, und Letzterer sich als unmittelbarer Bestandnehmer gegen den Bestandgeber sich durch den geschlossenen Bestandvertrag stillschweigend verbindlich gemacht hat, die Sache im unverschlimmerten Zustande wieder zurückzustellen, und er dadurch, daß er die Sache in Afterbestand gibt, von der Verpflichtung der Obsorge über dieselbe nicht enthoben wird. — Findet es indessen der Bestandgeber seinem Vortheile mehr zusagend, sich unmittelbar an den Afterbestandnehmer selbst zu halten, so kann ihm auch das Recht hierzu aus dem allgemeinen Grundsatze des §. 1295 nicht benommen werden. — Hält er sich aber an den eigentlichen Be-

1) Anderer Meinung ist Herr R. R. v. Scheidlein, a. a. O. §. 25.

ſtandnehmer, ſo kömmt ihm das Regreßrecht an ſeinen Afterbeſtandnehmer zu.

2) Für eine aus dem geſtatteten ordentlichen Gebrauche entſtandene Abnützung oder Verminderung haftet aber der Beſtandnehmer eben ſo wenig als für den bloßen Zufall, der von dem Eigenthümer getragen werden muß (§. 1311). Durch dieſe geſetzliche Anordnung enthält daher die im §. 1109 aufgeſtellte Regel, daß der Beſtandnehmer die Sache in dem Zuſtande, in dem er ſie übernommen hat, zurückſtellen müſſe, eine Beſchränkung. — Daß ſich, wenn in dem Beſtandvertrage ausdrücklich etwas Anders feſtgeſetzt worden iſt, auch darnach geachtet werden müſſe, verſteht ſich von ſelbſt.

3) Der Beſtandgeber muß aber ſein Erſatzrecht binnen Einem Jahre nach Zurückſtellung des Beſtandſtückes durch Ueberreichung einer ordentlichen Klage gegen den Beſtandnehmer geltend machen, ſonſt iſt es erloſchen. — Da das Geſetz hier ganz allgemein ſpricht, und nicht unterſcheidet, ob die Beſchädigung in dem eigenen Verſchulden des Beſtandnehmers, oder in dem ſeines Afterbeſtandnehmers gegründet iſt; ſo muß dieſe geſetzliche Vorſchrift auch für beyde Fälle angewendet werden, obſchon im erſten Falle das Erſatzrecht ſchon aus der allgemeinen Regel des §. 1295 fließt, und nicht aus dem Rechtsverhältniſſe des Beſtandnehmers zum Beſtandgeber herzuleiten iſt. — Hieraus ergibt ſich, daß, wenn z. B. der Beſtandnehmer ſelbſt einen Wandſpiegel in ſeiner Wohnung aus Unvorſichtigkeit zertrümmert hätte, er hiefür keinen Erſatz zu leiſten hätte, wenn der Beſtangeber unterlaſſen hat, binnen Einem Jahre nach Zurückſtellung der Wohnungsbeſtandtheile den Erſatz hiefür gerichtlich zu fordern; hat aber ein Dritter den Spiegel zerſchlagen, ſo geht das Erſatzrecht erſt nach drey Jahren von der Zeit, als dem Beſtandgeber der Schade bekannt geworden iſt, was in der Regel ebenfalls bey Zurückſtellung der Sache geſchieht (§. 1489), verloren. Als eine ſolche dritte Perſon iſt aber in Bezug auf den Beſtandgeber auch der Afterbeſtandnehmer anzuſehen, und es dauert daher in der Regel die Haftung des Afterbeſtandnehmers gegen den urſprünglichen Beſtandgeber für ſein eigenes Verſchulden länger, als das des eigentlichen Beſtandnehmers.

4) Die Klage des Bestandgebers geht dahin, daß der Bestandnehmer oder der unmittelbare Beschädiger die Sache in den vorigen Stand zurückversetze, oder den Schätzungswerth vergüte (§. 1323). Vor beendeter Bestandzeit kann aber der Bestandgeber diese Klage nicht anbringen, weil der Bestandnehmer nur verpflichtet ist, die Bestandsache dem Bestandgeber in unverändertem Zustande zu übergeben; Letzterer kann also nicht fordern, daß der vorige Zustand schon vor der Zeit der Uebergabe hergestellt werde. — Da übrigens die Rechte des Afterbestandgebers und Afterbestandnehmers in der Regel die nähmlichen sind, wie die des Bestandgebers und Bestandnehmers, so folgt, daß der Afterbestandnehmer nach geendeter Bestandzeit die Sache im früheren Zustande zurückstellen müsse. Der Afterbestandgeber hat daher das Recht, von ihm zu fordern, daß er den zerbrochenen Wandspiegel wieder ordentlich herstelle; er muß aber, um dieses Recht nicht zu verlieren, gleichfalls binnen Einem Jahre dießfalls gerichtlich die Klage überreichen. — Hat der Afterbestandgeber die beschädigte Sache auf seine Kosten herstellen lassen, so kann er von dem Afterbestandnehmer den Ersatz fordern (§. 1042).

5) Die Verpflichtung des Afterbestandnehmers zur Herstellung des vorigen Standes, liegt in der Anordnung des §. 1109; als eigentlich Beschädigter ist aber nicht der Afterbestandgeber, sondern nur der Eigenthümer und respective ursprüngliche Bestandgeber anzusehen. Es kann daher in dem Falle, als sich die Sache in den vorigen Stand nicht mehr zurückversetzen läßt, nur der eigentliche Bestandgeber, nicht aber der Afterbestandgeber auf Vergütung des Schätzungswerthes dringen. — Würde der Afterbestandnehmer ohne Zustimmung des Bestandgebers dem Afterbestandgeber diesen Schätzungswerth vergüten, dieser aber seiner Verpflichtung gegen den Bestandgeber nicht nachkommen; so würde er von dem Letzteren nochmahls zur Zahlung verhalten werden können. Der Afterbestandgeber kann höchstens einen angemessenen Betrag für die durch die Beschädigung herabgesetzte Brauchbarkeit derselben von dem Afterbestandnehmer in Anspruch nehmen.

6) Da es eine Vertragspflicht des Bestandnehmers ist, die Bestandsache in dem Zustande, in dem er sie übernommen hat,

zurückzustellen, so folgt, daß ihm der Beweis obliege, wenn er behauptet, daß der Schade nur durch bloßen Zufall entstanden sey (§. 1298). Hieraus geht hervor, daß, wenn der Bestandgeber den Ersatz des Schadens von dem Bestandnehmer anspricht, er lediglich den Umstand der Beschädigung auszuweisen, nicht aber auch zugleich ein Verschulden des Bestandnehmers oder Afterbestandnehmers darzuthun habe. — Gehet aber der eigentliche Bestandgeber den Afterbestandnehmer um die Entschädigung an, so hat er außer der Beschädigung im Allgemeinen noch zu erweisen, daß ihm dieselbe durch Verschulden des Afterbestandnehmers zugefügt worden ist.

§. 1112.

5) Auflösung des Bestandvertrages: a) Durch Untergang der Sache.

Der Bestandvertrag löset sich von selbst auf, wenn die bestandene Sache zu Grunde geht. Geschieht dieß aus Verschulden des einen Theiles, so gebührt dem andern Ersatz; geschieht es aber durch einen Unglücksfall, so ist kein Theil dem andern dafür verantwortlich.

1) Nebst den allgemeinen Arten, auf welche ein Bestandvertrag eben so, wie jeder andere Vertrag, erlischt, gibt es auch besondere Erlöschungsarten, die dem Bestandvertrage eigenthümlich sind. Das Gesetzbuch behandelt dieselben vom §. 1116 bis zum §. 1121. Aus den allgemeinen Arten hebt dasselbe ausdrücklich den Untergang der Sache und den Verlauf der Zeit aus dem Grunde aus, weil bey diesen in Hinsicht auf den Bestandvertrag besondere gesetzliche Vorschriften eintreten.

2) Außer den allgemeinen und den hier in dem Hauptstück von dem Bestandvertrage ausdrücklich aufgeführten besonderen Erlöschungsarten muß auch hier auf zwey, in anderen Stellen unseres Gesetzbuches gegründete Erlöschungsarten des Bestandvertrages aufmerksam gemacht werden. Der Bestandvertrag wird nähmlich auch dann aufgelöset, a) wenn das zeitliche Recht des Bestandgebers erlischt, weil Niemand mehr Recht auf den Andern übertragen kann, als er selbst hat; b) wenn in dem Vertrage eine auflösende

Bedingung beygerückt wurde, und diese nun eintritt. So wird, wenn Jemand das ihm zur Fruchtnießung überlassene Haus oder Grundstück vermiethet oder verpachtet hat, der Vertrag mit dem Tode des Fruchtnießers aufgehoben, weil das Fruchtnießungsrecht mit dem Tode des Fruchtnießers erlischt; und der unter der Bedingung, daß der Miether die Wohnung nicht in Aftermiethe gebe, errichtete Miethvertrag kann aufgehoben werden, wenn dieser Bedingung entgegen gehandelt wird [1]). Herr Hofrath v. Zeiller macht in seinem Commentare besonders darauf aufmerksam, daß der Bestandvertrag weder durch den Tod des einen oder andern Theiles erlösche, noch auch wegen jeder Vertragsverletzung (§§. 1117 und 1118) aufgehoben werden könne; bemerkt aber in der Anmerkung, daß ein unter der Bedingung, „so lange man wolle," geschlossener Bestandvertrag sich mit der Willenskraft, mit dem Tode endige. Allein ich kann dieser Meinung nicht beystimmen; denn wird die Dauer des Bestandvertrages der Willkühr der Contrahenten vorbehalten, so ist sie eigentlich unbestimmt, und es tritt daher der §. 1116 in Wirksamkeit. Stirbt nun der Bestandgeber oder der Bestandnehmer, so bildet der Inbegriff seiner Rechte und Verbindlichkeiten desselben Nachlaß, darunter gehört somit auch das Recht, den Bestandvertrag aufzukünden. — Es ist daher der Bestandvertrag nicht durch das Eintreffen des Todfalles selbst als aufgelöst zu betrachten, sondern es steht, wie zuvor, nun jedem Theile frey, den Vertrag aufzukünden, nur mit dem Unterschiede, daß die Erben des Verstorbenen (oder der Verlaßcurator) dessen Stelle vertreten. Zur Begründung der ersteren Meinung wird sich auf den §. 904 berufen, allein dieser §. paßt offenbar nicht hierher; denn er redet von dem Falle, wenn eine versprochene Leistung der Willkühr des Versprechers vorbehalten worden ist; hier ist aber gerade umgekehrt vom Aufhören einer Leistung die Rede. — Wenn Jemanden eine Leistung zugesichert wird, und der Versprecher sich nur die Zeit, wann selbe in Erfüllung gehen soll, seiner Willkühr vorbehält, so erlangt Ersterer dadurch ein wirkliches Recht, welches realisirbar seyn muß, weil es sonst aufhörte, ein Recht zu

1) Siehe v. Scheidlein am a. O. §. 27.

seyn; ginge nun auch das Recht, den Zeitpunct der Leistung willkührlich zu bestimmen, auf den Erben und dann weiter auf die Erbes-Erben über, so würde das Recht des anderen Theiles ganz unwirksam gemacht, es würde aufhören ein eigentliches Recht zu seyn. — Es ist daher ganz consequent, daß der Gesetzgeber den Vorbehalt der Willkühr als ein höchst persönliches Recht des Promittenten ansieht, oder auf dessen Erben nicht überträgt. — Dieser Grund ist im vorliegenden Falle offenbar nicht vorhanden, vielmehr wäre die Verlassesmasse sowohl, als der überlebende Theil übel daran, wenn mit dem Factum des Todes selbst die geschlossenen Bestandverträge als aufgelöst anzusehen wären. Veränderte Umstände in der Person des Bestandgebers oder Bestandnehmers geben kein Recht, den Bestandvertrag aufzulösen.

4) Durch den Untergang der Bestandsache löset sich der Bestandvertrag von selbst auf; denn der Bestandvertrag setzt seiner Wesenheit nach das Daseyn einer Sache voraus, deren Gebrauch oder Benützung dem Andern überlassen wird; geht sie nun zu Grunde, so ist ein Gebrauch derselben nicht zu denken, und daher ist von einer Seite die Erfüllung unmöglich geworden. — Bey dem Bestandvertrage ist aber eben dieser Gebrauch als verkauft anzusehen (§. 1094), und das Bestandgeld vertritt die Stelle des Kaufgeldes (§. 1092). Der Kauf ist aber nicht für geschlossen zu halten, wenn die verkaufte Sache vor der Zeit der Uebergabe zu Grunde gerichtet wird (§. 1048). Der gegenwärtige §. setzt jedoch voraus, daß die bestandene Sache gänzlich zu Grunde gegangen sey. Wann der Bestandvertrag auch wegen einer theilweisen Vernichtung der Sache aufgelöst werden könne, kömmt §. 1117 vor; denn ist nur ein Theil zu Grunde gegangen, so kann der Bestandnehmer noch den übrigen Theil gebrauchen oder benützen, es mangelt daher an der Wesenheit des Bestandvertrages nichts, und dem Bestandnehmer kann selbst daran liegen, den Bestandvertrag fortzusetzen, und einen Nachlaß am Bestandzinse dafür anzusprechen (§. 1105).

5) Ist die Bestandsache durch einen Unglücksfall zu Grunde gegangen, so ist kein Theil dem Andern verantwortlich, also weder der Bestandgeber dem Bestandnehmer wegen des vermißten Gebrauches

der Sache, noch der Bestandnehmer dem Bestandgeber wegen der Sache selbst, und wegen der Entrichtung des bedungenen Bestandzinses von der Zeit an, als die Sache zu Grunde gegangen ist. — Ist sie aus Verschulden des Bestandgebers zu Grunde gegangen, so hat der Bestandnehmer nicht nur von der Zeit an, als sie zu Grunde gegangen ist, keinen Bestandzins mehr zu entrichten, sondern kann auch Ersatz des Schadens verlangen, welcher ihm erweislich dadurch entstanden ist, daß er durch die noch übrige Bestandzeit des Gebrauches der Sache entbehren muß; ist sie aber aus Verschulden des Bestandnehmers zu Grunde gegangen, so ist dieser verbunden, dem Bestandgeber den Werth, den sie zur Zeit der Uebernahme gehabt hat, mit Rücksicht auf die während der Bestandzeit geschehene, dem ordentlichen Gebrauche zusagende Abnützung, zu ersetzen, den Zins während der noch übrigen Bestandzeit zu bezahlen, und wenn eine böse Absicht, oder eine auffallende Sorglosigkeit, die der bösen Absicht gleich gehalten wird, unterlaufen ist, auch den entgangenen Gewinn zu vergüten. Doch kann der Bestandgeber den Werth der bestandenen Sache nur nach beendeter Bestandzeit in Anspruch nehmen; denn dieser soll die Stelle der zu Grunde gegangenen Sache, die nicht mehr übergeben werden kann, vertreten. Auch müssen von den fortwährend zu entrichtenden Zinsen jene Auslagen in Abzug gebracht werden, welche der Bestandgeber in Ansehung der zu Grunde gegangenen Sache zu entrichten gehabt hätte, und die dadurch aufhören, daß die Sache zu existiren aufgehört hat. — So müssen z. B. von dem abgebrannten Hause die gewöhnlichen Auslagen auf Reparaturen, die Zinssteuer u. s. w. in Abrechnung gebracht werden, weil der Vermiether durch die fortwährende Bezahlung des ganzen Miethzinses mehr erhalten würde, als sein Schade beträgt. Um allen diesen Berechnungen auszuweichen, scheint es der Billigkeit am meisten zu entsprechen, wenn sich die Parteyen dahin vereinigen, daß der Bestandnehmer dem Bestandgeber den Werth der zu Grunde gegangenen Sache sogleich vergütet, wo dann die Benützung dieses Geld-Capitals als ein billiges Entgeld für den zu entrichtenden Bestandzins angesehen werden kann.

§. 1113.

b) Durch den Verlauf der Zeit.

Der Bestandvertrag erlischt auch durch den Verlauf der Zeit, welcher ausdrücklich oder stillschweigend, entweder durch den nach einem gewissen Zeitraume ausgemessenen Zins, wie bey sogenannten Tag-, Wochen- und Monathzimmern, oder durch die erklärte, oder aus den Umständen hervorleuchtende Absicht des Bestandnehmers bedungen worden ist.

1) Daß der Bestandvertrag mit dem Verlaufe der Zeit erlösche, fließt aus den ersten Begriffen des Vertragsrechtes (§. 861), weil Niemand mehr Recht erlangen kann, als auf ihn ausdrücklich oder stillschweigend (§. 863) übertragen worden ist.

2) Stillschweigend wird die Dauer des Bestandvertrages dadurch festgesetzt: wenn a) der Zins nach einem gewissen Zeitraume ausgemessen wird, wie bey sogenannten Tag-, Wochen- und Monathzimmern, weil hier angenommen wird, daß, so wie der Zins mit dem Verlaufe des Tages, der Woche, des Monaths verfällt, auch der Bestandvertrag mit eben diesem Verlaufe der Zeit erlösche. Da diese vom Gesetze hier ausdrücklich aufgeführten Vermiethungsarten nur als die gewöhnlichen beyspielsweise aufgeführt wurden; so ergibt sich die natürliche Folge, daß die hier aufgestellte Regel auch auf einen längeren Zeitraum auszudehnen sey, so daß, wenn bedungen worden ist, daß der Zins viertel- oder halbjährig bezahlt werden soll, die Zeit der Dauer des Bestandvertrages auch ein Viertel- oder ein halbes Jahr ist; dann wenn b) die Absicht, aus welcher der Bestandnehmer die Sache in Bestand genommen hat, ausdrücklich erkläret wird, oder dieselbe aus den (dem Bestandgeber bekannten) Umständen hervorleuchtet.

3) Nach dem ausdrücklichen Inhalte des gegenwärtigen §. entscheidet hier nur die Absicht des Bestandnehmers und nicht

die des Bestandgebers. Wenn z. B. Jemand, der in seinem eigenen Hause wohnt, an einen anderen Ort übersiedelt, oder eine weite Reise unternimmt, und die Wohnung in seinem Hause vermiethet; so kann mit Grunde angenommen werden, daß die Vermiethung der früher selbst benützten Wohnung in seinem Hause bloß darum geschehe, weil er durch seine Uebersiedelung an der eigenen Benützung derselben gehindert ist. Dessenungeachtet wird durch Wiederkehr desselben an seinen früheren Aufenthaltsort der Bestandvertrag nicht aufgelöset, wenn dieses nicht ausdrücklich bedungen worden ist. Es waltet auch zwischen beyden Theilen in dieser Beziehung ein auffallender Unterschied ob. Denn der nächste Zweck des Bestandgebers bey Eingehung des Bestandvertrages ist, für den überlassenen Gebrauch der Sache ein bestimmtes Entgeld zu beziehen; und der des Bestandnehmers, für eine bestimmte Summe Geldes den Gebrauch der Sache zu erlangen. Dieser nächste Zweck wird dem Bestandgeber nicht vereitelt, wenn auch das eigentliche Motiv, warum er die Sache in Bestand gegeben, zu existiren aufgehört hat; denn er bezieht fortwährend das für die Ueberlassung des Gebrauches bedungene Entgeld. Ist aber der Grund nicht vorhanden, aus welchem der Bestandnehmer bewogen wurde, die Sache in Bestand zu nehmen; so ist ihm in der Regel die Sache zu keinem Gebrauche mehr, es geht sohin für ihn der nächste Zweck der Eingehung des Bestandvertrages verloren.

4) Sobald die Dauerzeit ausdrücklich oder stillschweigend bestimmt ist, bedarf es keiner Aufkündung (§. 1116). Das Recht und die Verbindlichkeit erlischt von selbst (dies interpellat pro homine); der schuldige Bestandzins muß sogleich errichtet, und das Bestandgut ohne unnöthigen Aufschub zurückgestellt und zurückgenommen werden. Ueber die Nothwendigkeit des Aufschubes entscheidet, sobald darüber ein Streit entsteht, der ordentliche Richter (§. 904). Die Unterlassung der Zurückstellung kann eine Erneuerung begründen, wovon in den folgenden zwey Paragraphen gehandelt wird [1]).

---

1) Siehe v. Zeiller's Commentar §. 1113 Nr. 1.

§. 1114.

Wann eine Erneuerung geschieht.

Der Bestandvertrag kann aber nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend erneuert werden. Ist in dem Vertrage eine vorläufige Aufkündigung bedungen worden; so wird der Vertrag durch die Unterlassung der gehörigen Aufkündigung stillschweigend erneuert. Ist keine Aufkündigung bedungen worden; so geschieht eine stillschweigende Erneuerung, wenn der Bestandnehmer nach Verlauf der Bestandzeit fortfährt, die Sache zu gebrauchen oder zu benützen, und der Bestandgeber es dabey bewenden läßt.

1) Obwohl der Bestandvertrag durch den Verlauf der Zeit erlischt, so kann derselbe doch erneuert, d. i. der Zeitpunct der Beendigung kann dergestalt hinausgeschoben werden, daß der Bestandvertrag der in demselben bestimmten Zeit mit allen daraus fließenden Rechten und Verbindlichkeiten noch fortdauert.

2) Die Erneuerung des Bestandvertrages geschieht aber entweder ausdrücklich oder stillschweigend. Ausdrücklich wird derselbe erneuert, wenn der Bestandgeber und der Bestandnehmer ihren Willen, daß der Vertrag auch nach Verlauf der in demselben bestimmten Zeit fortbestehen soll, mit Worten entweder mündlich oder schriftlich erklären. Stillschweigend kann der Bestandvertrag auf verschiedene Arten (§. 863), z. B. durch Annahme der wiederhohlten Vorauszahlung des Zinses erneuert werden; insbesondere aber theils durch Unterlassung der bedungenen Aufkündung, theils durch den einverständlichen fortgesetzten Genuß. Aus dem Umstande, daß der gegenwärtige §. nur von diesen letzteren beyden Erneuerungsarten des Bestandvertrages eine ausdrückliche Erwähnung macht, ist man nicht berechtiget, den Schluß zu ziehen, daß keine andere stillschweigende Erneuerung Statt finden könne; denn es geht weder aus den Worten desselben, noch aus der demselben zu Grunde liegenden klaren Absicht des Gesetzgebers hervor,

daß Höchstselber durch die besondere Aufführung zweyer Erneuerungsarten die allgemeine Regel des §. 863 hier beschränken wollte.

3) Es ist zwar bey Erläuterung des vorigen §. Nr. 4 bemerkt worden, daß, wenn die Dauerzeit bestimmt ist, es keiner Aufkündigung bedürfe, sondern das Recht und die Verbindlichkeit von selbst erlösche. — Dieser Behauptung steht jedoch nicht entgegen, daß die Contrahenten zur bequemeren Auswahl eines künftigen Bestandes ausdrücklich bedingen können, daß eine bestimmte Zeit vorher aufgekündet werden soll. — In diesem Falle wird nun der Vertrag durch Unterlassung der gehörigen (d. i. in der bestimmten Form und innerhalb der bestimmten Zeit gemachten) Aufkündigung stillschweigend erneuert; z. B. wenn Jemanden eine Wohnung auf ein Jahr gegen vorhergehende halbjährige Aufkündigung vermiethet worden ist, und bey Verlauf eines halben Jahres weder von der einen noch von der anderen Seite aufgekündet wird. Diese Erneuerungsart liegt wohl in der Natur der Sache; denn durch die Bestimmung der Zeit, für welche der Bestandvertrag dauern soll, verbunden mit der Bedingung einer vorherzugehenden Aufkündigung, haben sich beyde Contrahenten verbindlich gemacht, durch die ganze bestimmte Dauer den Bestandvertrag zuzuhalten, und sich zugleich gegenseitig das Recht eingeräumt, nach Verlauf dieser bestimmten Zeit den Bestandvertrag aufzulösen, jedoch unter der Bedingung, daß derjenige, der denselben nach (dieser) Zeit auflösen will, binnen einer bestimmten Zeit vorher die Aufkündigung zu machen habe. Hat er daher die Bedingung, unter welcher ihm das Recht eingeräumt wurde, den Bestandvertrag nach Verlauf der bestimmten Zeit aufzulösen, nicht erfüllet; so ist sein Recht erloschen, und er muß sich die Fortdauer desselben gefallen lassen. Hat nur ein Theil, z. B. der Bestandgeber, sich die Aufkündigung vorbehalten, so würde zwar der Vertrag von seiner Seite durch die Unterlassung der Aufkündigung für erneuert angesehen werden, der Bestandnehmer dagegen könnte, ungeachtet er nicht aufgekündet hat, bey dem Verlaufe der in dem Vertrage bestimmten Zeit von demselben ohne weiters abgehen. Wäre in dem Vertrage überhaupt eine vorhergehende Aufkündigung be-

dungen, ohne die Zeit, wann sie zu geschehen hat, ausdrücklich in selbem zu bestimmen; so wäre anzunehmen, daß die Contrahenten die im §. 1116 bestimmte Zeit gemeinet haben. Der Einwendung einer stillschweigenden Erneuerung vorzubeugen, ist es, wie v. Zeiller bemerkt, in einem solchen Falle rathsam, sich mit einem Beweise vorzusehen, daß die gehörige Aufkündigung gemacht worden sey.

4) In dem Falle, daß zwar eine Bestandzeit, aber keine vorläufige Aufkündigung bedungen worden ist, geschieht eine stillschweigende Erneuerung des Bestandes, wenn der Bestandnehmer nach Verlauf der Bestandzeit fortfährt, die Sache zu gebrauchen oder zu benützen, und der Bestandgeber es dabey bewenden läßt. — In der Fortsetzung des Gebrauches von Seite des Bestandnehmers liegt von seiner Seite die stillschweigende Erklärung, daß er den Bestandvertrag fortsetzen, sohin noch fortwährend die Rechte des Bestandnehmers, so wie sie ihm früher eingeräumt worden sind, ausüben, und die früher übernommenen Pflichten erfüllen wolle. Durch diese einfache Erklärung des Bestandnehmers kömmt aber noch kein Vertrag zu Stande, sondern es muß die ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung des Bestandgebers hinzu treten. — Diese letztere wird aber als vorhanden angenommen, wenn derselbe, nachdem er in die Kenntniß kam, daß der Bestandnehmer fortfahre, die Sache zu gebrauchen oder zu benützen, dagegen keine Einwendungen macht, auch nichts vorkehret, was auf die Aufhebung des Vertrages Bezug hat. Eine gewisse Zeit, binnen welcher der Gebrauch oder die Gestattung fortgesetzt werden müsse, um daraus auf eine stillschweigende Einwilligung schließen zu können, bestimmt das Gesetz nicht, und konnte es wegen Verschiedenheit der Gegenstände und Verhältnisse nicht wohl bestimmen, sondern sie muß im Falle eines Rechtsstreites dem vernünftigen Ermessen des Richters überlassen bleiben.

5) Herr Hofrath v. Zeiller fügt am Schlusse seiner Bemerkungen zu diesem Paragraphe bey, daß, wenn ein Theil durch Zufall verhindert worden wäre, den entgegengesetzten Willen zu erklären, dieser, wenn der Zufall sich in seiner Person ereignet

hat, dem anderen Theile wenigstens Schadenersatz leisten müßte (§. 1311). Er scheint also dadurch von der Ansicht auszugehen, daß der Erneuerungsvertrag dadurch vernichtet werde, wenn einer der Contrahenten darzuthun im Stande ist, daß die Unterlassung der Erklärung des gegenseitigen Willens nicht die Folge einer auf die Fortsetzung des Bestandvertrages gegründeten Willensmeinung, sondern in andern Umständen gegründet war. — Allein ich kann dieser Ansicht nicht ohne Beschränkung beypflichten; denn der gegenwärtige §. erklärt einmahl die Fortsetzung des Gebrauches der Bestandsache als die stillschweigende Erklärung von der einen, und die Unterlassung jeder Handlung, welche auf die Aufhebung des Vertrages Bezug hätte, von der anderen Seite. Es ist nun allerdings auch bey der ausdrücklichen Willenserklärung möglich, daß die Erklärung mit dem wahren inneren Willen nicht übereinstimme, wenn z. B. der Erklärende durch Zwang angehalten worden ist, die ihm vorgelegte Schrift mit seinem Nahmen zu unterfertigen. Allein in so fern der andere Theil keine Kenntniß von dem ausgeübten Zwange hat, und daher die in der Erscheinung vorliegende Erklärung als den wahren inneren Willen des Ausstellers anzusehen Grund hat, besteht der Vertrag aufrecht. So auch hier; wenn der eine Theil in der Fortsetzung des Gebrauches oder in dem Stillschweigen des anderen Theiles seinen wahren Willen, den Bestandvertrag fortzusetzen, anerkennt, und kein Grund, an der Ernstlichkeit des Willens zu zweifeln, vorhanden ist. Es hat daher jeder Theil den Schaden selbst zu tragen, welcher ihm dadurch zugehet, daß er durch einen in seiner Person ereigneten Zufall an der Erklärung des entgegengesetzten Willens verhindert worden ist.

§. 1115.

Die stillschweigende Erneuerung des Bestandvertrages geschieht unter den nähmlichen Bedingungen, unter welchen er vorher geschlossen war. Doch erstreckt sie sich bey Pachtungen nur auf Ein Jahr; wenn aber der ordentliche Genuß

erst in einem späteren Zeitraume erfolgen kann, auf eine so lange Zeit, als nothwendig ist, um die Nutzungen Einmahl beziehen zu können. Miethungen, wofür man den Zins erst nach einem ganzen oder halben Jahre zu bezahlen pflegt, werden auf ein halbes Jahr; alle kürzere Miethungen aber auf diejenige Zeit stillschweigend erneuert, welche vorher durch den Bestandvertrag bestimmt war. Von wiederhohlten Erneuerungen gilt das Nähmliche, was hier in Rücksicht der ersten Erneuerung vorgeschrieben ist.

1) Die Regel, daß eine bloße Erneuerung des (früheren) Bestandvertrages unter den nähmlichen Bedingungen geschehe, unter welchen der Bestandvertrag vorher geschlossen war, gründet sich, wie Herr Hofrath v. Zeiller in seinem Commentare bemerkt, in der Betrachtung, daß sie an sich nur eine Verlängerung des vorigen Vertrages, und mit einem Neuerungsvertrage (§§. 1376 — 1379) nicht zu verwechseln ist. Hieraus ist auch zu folgern, daß, wenn die Contrahenten bey der ausdrücklichen Erneuerung von den früheren abweichende Bestimmungen festgesetzt hätten, doch nicht angenommen werden dürfte, daß alle übrigen Bestimmungen aufgehoben seyn, und dafür nur die im Mangel einer ausdrücklichen Erklärung der Contrahenten von dem Gesetze selbst festgesetzten Bestimmungen einzutreten haben. — Es bleiben daher die nicht abgeänderten Puncte fortwährend dieselben.

2) In Ansehung der Dauer, für welche der erneuerte Bestandvertrag als abgeschlossen anzusehen ist, ist Folgendes zu bemerken. Ist die Erneuerung ausdrücklich geschehen, so wird auch gewöhnlich die Zeit, auf welche derselbe fortbestehen soll, von den Parteyen besonders festgesetzt. Wäre dieses aber nicht geschehen, so müßte hier die Analogie derjenigen Vorschriften in Anwendung gebracht werden, welche in dieser Beziehung für die stillschweigende Erneuerung bestehen, die in diesem §. aufgeführt sind, und hier näher erörtert werden sollen.

3) Aus der gesetzlichen Anordnung, daß die stillschweigende Erneuerung des Bestandvertrages unter den nähmlichen Bedingungen geschehe, unter welchen derselbe vorher geschlossen war, müßte man auch folgern, daß derselbe auch auf eben die Zeit, auf die er vorher geschlossen war, erneuert werde. Allein der Gesetzgeber hat es zu hart gefunden, daß der Bestandgeber oder Bestandnehmer, welcher in der gehörigen Zeit aufzukünden oft aus bloßer Unachtsamkeit unterlassen, oder daß der Bestandgeber, der nicht sogleich, nachdem er in die Kenntniß gesetzt worden ist, daß der Bestandnehmer nach Verlauf der Bestandzeit die Sache zu gebrauchen oder zu benützen fortfahre, widersprochen oder sich widersetzet hat, schuldig seyn soll, den erloschenen Vertrag durch die in demselben bestimmten, oft mehreren Jahre fortzusetzen, und hat daher in fernerer Berücksichtigung, daß aus der unterlassenen Aufkündigung oder der stillschweigend genehmigten Fortsetzung des Gebrauches wohl auf den Willen der Parteyen, den Vertrag fortzusetzen, keineswegs aber auch auf den Entschluß gefolgert werden könne, daß der Vertrag auf eben dieselbe Zeit wiederhohlt fortdauern soll, auf welche er vorher geschlossen war, in dieser Hinsicht angeordnet: daß die stillschweigende Erneuerung des Bestandvertrages, sie mag auf die eine oder andere Art geschehen seyn, sich bey Pachtungen auf Ein Jahr erstrecke, weil der Pächter gewöhnlich in Einem Jahre (aber auch nicht früher) alle Nutzungen aus dem Pachtgute zu beziehen im Stande ist, Miethungen aber nie auf eine längere Zeit als auf ein halbes Jahr stillschweigend erneuert werden, also ohne Unterschied, ob man den Zins hiefür erst nach einem ganzen oder halben Jahre zu bezahlen pflege, wohl aber auf eine kürzere, wenn die Miethung kürzer, wenn also der Zins für vierteljährig, monathlich, wöchentlich zu bezahlen ist, dann nähmlich auf diejenige Zeit, welche vorher durch den Bestandvertrag bestimmet war, also auf ein Vierteljahr, einen Monath, eine Woche [1]).

4) Nicht immer werfen aber die Pachtungen mit Ablaufe Eines Jahres den vollen Ertrag ab; oft wird dazu, wenn

1) Siehe v. Scheidlein am a. O. §. 51.

die Aecker in gewisse Felder oder Brachen getheilt sind, oder bey Fischereyen, ein noch längerer Zeitraum erfordert. In einem solchen Falle muß also dieser Zeitraum abgewartet, und hiernach das Pachtgeld, wofern es etwa ursprünglich nach einer länger fortdauernden Pachtzeit ausgemessen worden ist, bestimmt werden. — Daß in einem solchen Falle die frühere Pachtzeit kürzer ausgemessen seyn sollte, ist nicht zu denken. Sollte dieses aber doch der Fall seyn, so müßte man annehmen, daß bey Festsetzung der übrigen Pachtbedingnisse eben auf diesen Umstand Rücksicht genommen, und eben deßhalb ein billigeres Pachtgeld bedungen worden ist. Ich glaube daher, daß in einem solchen Falle die frühere Pachtdauer auch bey der Erneuerung des Pachtvertrages zur Richtschnur zu nehmen sey; denn offenbar geht die Absicht des Gesetzgebers auf eine Beschränkung der früher bedungenen Bestandzeit, keineswegs aber auf eine Erweiterung derselben.

5) Solche stillschweigende Erneuerungen können öfter geschehen, wenn bey jedesmahligem Ablaufe der stillschweigend bedungenen Bestandzeit die vorgesehene Aufkündigung unterlassen wird, oder der Bestandnehmer fortfährt, die Sache zu gebrauchen oder zu benützen, und der Bestandgeber es dabey bewenden läßt. Von solchen stillschweigenden Erneuerungen gilt überhaupt das Nähmliche, was in Rücksicht der ersten Erneuerung vorgeschrieben ist.

6) Es geschieht auch zuweilen, daß eine bestimmte Dauer des Bestandvertrages festgesetzt, zugleich aber auch in demselben bedungen wird, daß nach Ablauf derselben jedem Theile die Aufkündigung freystehen soll. — In diesem Falle wird nach Verlauf der bestimmten Zeit der Bestandvertrag immer erneuert; er geht aber sodann in einen Bestandvertrag über, wo über die Dauer des Bestandvertrages nichts besonders festgesetzt ist, und ist sohin in dieser erneuerten Gestalt ganz nach Vorschrift des folgenden §. zu beurtheilen.

§. 1116.

c) Durch Aufkündigung.

In so fern die Dauer eines Bestandvertrages weder ausdrücklich, noch stillschweigend, noch durch besondere Vorschriften bestimmt ist, muß Der-

jenige, welcher den Vertrag aufheben will, dem Andern die Pachtung sechs Monathe; die Miethung einer unbeweglichen Sache vierzehn Tage; und einer beweglichen vier und zwanzig Stunden vorher aufkündigen, als die Abtretung erfolgen soll.

1) Wenn die Dauer eines Bestandvertrages ausdrücklich oder stillschweigend bestimmt ist, so kann in der Regel (§§. 1117 u. 1118) vor der Zeit nicht aufgekündet werden, und bis zum Ablaufe der Zeit ist die Aufkündigung überflüssig (§. 1113).

2) Ist aber dieses der Fall nicht, hat z. B. Jemand ein Magazin so lange, als er dessen bedürfen wird; eine Kutsche für die beliebige Zeit seines Aufenthaltes an diesem oder jenem Orte gemiethet, kann doch der Miether nicht sogleich von dem Bestandvertrage abgehen, der Miether also nicht willkührlich das Magazin räumen, die Kutsche zurückstellen, und sich solchergestalt von der Verbindlichkeit, den Zins ferner zu bezahlen, entledigen, sondern es ist eine Aufkündigung von der einen oder anderen Seite erforderlich. — Daraus fließt, wie Herr Regierungsrath v. Scheidlein ganz treffend bemerkt [1]), daß, wenn auch die Dauer des Bestandvertrages von den Parteyen weder ausdrücklich noch stillschweigend verabredet worden, noch durch besondere Vorschriften bestimmt ist, derselbe doch nicht in ein Bittleihen übergehe, weil dann die durch das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch bestimmte Zeit der Dauer desselben eintritt, und solchergestalt die in dem §. 1090 enthaltene Definition eines Bestandvertrages, vermög welcher die Ueberlassung des Bestandstückes auf eine gewisse Zeit geschehen muß, aufrecht erhalten wird. Diese Zeit der Dauer des Bestandvertrages setzt eine Aufkündigung voraus, und wird nach Verschiedenheit der Gegenstände, die in Bestand verlassen werden, so wie der §. ausdrücklich angibt, verschieden bemessen. Der Grund, warum das Gesetz bey Pachtungen eine weit längere Frist als bey Miethungen, und bey Miethungen unbeweglicher Sachen eine längere Frist als bey Miethungen beweglicher

1) Am a. O. S. 184.

Sachen zur gänzlichen Aufhebung des Vertrages festgesetzt hat, liegt darin, weil der Verpächter eine längere Zeit braucht, um mit der Sache eine andere Vorkehrung zu treffen, der Vermiether einer unbeweglichen Sache aber eben zu diesem Zwecke längere Zeit braucht, als der Vermiether einer beweglichen Sache, und weil dem Pächter, wenn er in einer kürzeren Zeit als in sechs Monathen nach der Aufkündigung von dem Vertrage abtreten müßte, in mancherley Rücksichten ein großer Nachtheil zugezogen werden könnte; der Miether aber in vierzehn Tagen, wenn die Sache eine unbewegliche, und in vier und zwanzig Stunden, wenn sie eine bewegliche ist, den ihm aus der Abtretung von dem Vertrage bevorstehenden Schaden leicht von sich abzuwenden, leicht eine ähnliche Sache zu miethen im Stande ist [1]).

3) Der §. erwähnt noch besonderer, sohin außerhalb des Gesetzbuches, bestehenden Vorschriften, und deutet dadurch an, daß diese Vorschriften, ungeachtet sie sich auf Gegenstände des bürgerlichen Gesetzbuches beziehen, doch immer noch ihre Wirksamkeit behalten. Solche besondere Vorschriften sind die für einige Städte, nähmlich: Wien, Lemberg, Prag, Klagenfurt und Linz besonders bestehenden Miethordnungen, welche, als mit diesem Gegenstande des bürgerlichen Gesetzbuches in innigster Verbindung stehend, hier angeführt werden sollen.

4) In der Stadt Wien und derselben Vorstädten ist sich in Ausziehungsgeschäften nach dem Patente vom 18. October 1782; J. G. S. Nr. 93 also zu achten:

a. Hat es zwar auf jenen Vorstadtsgründen, wo bisher die vierteljährige Ausziehung und die damit auch verknüpfte Aufkündigung und vierteljährige Zinsenentrichtnng bestanden ist, bey dieser Beobachtung der gedachten vierteljährigen Ausziehung und vierteljährigen Zinszahlung in Anbetracht dieser Gegenden noch fortan sein Bewenden; in der Stadt und innerhalb dem ganzen Umfange der Linien aber, wo bisher die halbjährige Ausziehung (und zwar zu Georgi und Michaeli) eingeführt war, soll die vierteljährige Aufkündigung (wenn nicht durch einen

1) Siehe v. Scheidlein's Miszellen am a. O. S. 135 und 136.

Bestandcontract ein kürzerer oder längerer Termin bedungen worden ist) jedesmahl längstens binnen 14 Tagen geschehen, nähmlich jene von Michaeli bis Georgi binnen 14 Tagen nach Lichtmesse, das ist bis 15. Februar, und jene von Georgi bis Michaeli längstens binnen 14 Tagen nach Johanni, d. i. bis 7. Julius, und daher die Aufkündigungen, die nicht binnen dieser bestimmten Zeitfrist, sondern etwa erst den 16. Februar und 8. Julius geschehen, nicht mehr angenommen, und als ganz ungültig gehalten werden.

Diese Anordnung des Ausziehpatentes hat aber durch das später erlassene Hofkanzleydecret vom 28. April 1811 [1]) eine Abänderung erlitten, da es daselbst heißt: Die Aufkündigungszeit wird von nun an in der Stadt und auf den bürgerlichen Gründen statt um Lichtmeß und Johanni auf die gegenwärtigen Ausziehs-Termine, nähmlich auf Georgi und Michaeli dergestalt verlegt, daß a) die Aufkündigung von beyden Theilen immer nur 14 Tage vor und 14 Tage nach Georgi oder Michaeli gültig geschehen kann; b) daß die Aufkündigung ihre Wirkung erst auf den darauf folgenden Ausziehs- und Aufkündigungs-Termin äußere, so daß, wenn z. B. zu Georgi 1811 aufgekündiget würde, die Wirkung der Aufkündigung erst auf Michaeli 1811, und wenn zu Michaeli 1811 aufgekündet wird, die Wirkung davon erst auf Georgi 1812 eintreten soll; c) daß jede Steigerung ebenfalls mit dem nächsten Ausziehs-Termine auf dieselbe Art, wie die Aufkündigung zu gelten habe. Auf den nicht bürgerlichen und sonstigen Freygründen hat dieselbe Einrichtung, nur mit dem Unterschiede zu bestehen, daß die Aufkündigungs-Termine nur vierteljährig anzunehmen sind.

Uebrigens kann die Aufkündigung einer Wohnung aus dem Grunde, weil sie früher als 14 Tage vor Georgi, oder 14 Tage vor Michaeli überreicht worden ist, keineswegs als ungültig erklärt, und weder von dem Gerichte von Amtswegen verworfen, noch von dem anderen Theile zurückgelegt werden [2]).

---

1) J. G. S., Nr. 931.

2) Hofdecret vom 7. März 1813; J. G. S., Nr. 1129.

Nach solchergestalten geschehener Aufkündigung, und nach verstrichenen Georgi- oder Michaeli-Tage hat der ausziehende Bestandmann (er möge mit was immer für einem Charakter bekleidet seyn) binnen den nächsten acht Tagen mit Räumung eines Theiles seiner Wohnung den Anfang zu machen, und der einziehenden Partey zur Unterbringung einiger ihrer Effecten einen hinlänglichen schicksamen Platz einzuräumen, und sodann soll nach ganz verflossenen 14 Tagen die Wohnung vollständig geleeret und übergeben werden; so fern aber binnen 8 Tagen nach Georgi, d. i. den 2. May, und um die Michaelizeit am 8. October der neu einziehenden Partey zur Unterbringung ihrer Effecten kein hinlänglicher Platz von der ausziehenden Partey geräumt wäre; so wird noch an selbem Tage auf Anlangen der richterliche Beystand mit Zuziehung der Wache zur Räumung eines schicksamen Platzes ertheilt werden, welches auch in jenem Falle zu verstehen ist, wenn nach den ganz verflossenen 14 Tagen, nähmlich zu Georgizeit am 7. May und um Michaeli am 14. October die Wohnung nicht vollständig geräumt wäre. Damit man aber bey Gerichte, daß die Aufkündigung wirklich geschehen sey, versichert seyn möge; so soll

b. eine jede Aufkündigung, es möge der Bestandverlasser seinem Bestandinhaber, oder dieser jenem aufgekündiget haben, entweder durch eine schriftlich ausgestellte Bescheinigung desjenigen, dem aufgekündet worden ist, oder durch einen Schein über die geschehene gerichtliche Aufkündigung also gewiß dargethan werden, als im widrigen eine andere Aufkündigung, wenn sie gleich durch Zeugen oder in anderem Wege bewiesen werden wollte, nicht für gültig angesehen, sondern verworfen werden solle [1]). Wenn nun die Aufkündigung vorerwähnter Maßen rechtsbeständig dargethan worden, so ist weiters verordnet,

c. daß, im Falle jene Partey, welcher aufgekündet worden, ein Recht zu haben vermeinte, sich der ihr geschehenen Aufkündi-

1) Zur Bequemlichkeit des Publikums hat daher der Magistrat Wien sowohl für die innere Stadt als die ihm untergeordneten Vorstadtgründe solche Aufkündigungen drucken lassen und die Grundgerichte damit versehen.

gung zu widersetzen, selbe ihre Einwendungen dagegen den vierten Tag (so mit Ausschließung des Tages, an welchem die Aufkündigung geschehen, zu verstehen ist) also gewiß beybringen soll, als im widrigen solche Einwendungen nicht mehr gehöret, sondern der Aufkündigung ohne weiterem Statt gegeben werden soll; wenn aber

d eine dergleichen Einwendung binnen den bestimmten vier Tagen vorgeschriebener Maßen gehörig eingereicht worden ist, so soll hierauf eine Tagsatzung mit dem Anhange bestimmt werden, daß beyde Theile dabey sich also gewiß einfinden sollen, wie im Widrigen von Amtswegen, was Rechtens ist, erkannt werden würde; wo alsdann das dießfalls ergangene Urtheil noch den nähmlichen Tag den beyderseitigen Parteyen zugestellt werden soll. Falls aber

e. ein oder der andere Theil durch dieses Urtheil beschwert zu seyn vermeinte, soll keine Appellation hierüber gestattet seyn, jedoch demselben der Recurs an das k. k. N. Oest. Appellationsgericht, und zwar ungehindert der etwa einlaufenden Ferien längstens binnen den nächsten sechs Tagen von Zeit des zugestellten Urtheiles (worunter jedoch der Tag der Zustellung des Urtheiles und der beygebrachten Beschwerde nicht gerechnet werden soll) zu nehmen, und seine Beschwerde mit Auslassung aller zur Hauptsache nicht dienlichen Einwürfe, ohne Wiederhohlung dessen, was schon bey den Nothdurftshandlungen in erster Instanz vorgekommen, nach möglichster Kürze beyzubringen, sohin seine Beschwerdeschrift dem Richter erster Instanz zur ungesäumten Einbegleitung der verhandelten Acten und der Beweggründe seines Urtheils an das Appellationsgericht einzureichen bevorstehen. Und damit die bemeldten vorgeschriebenen Termine genau beobachtet werden, so wurde

f. verordnet, daß sowohl die in der ersten Instanz wider die geschehene Aufkündigung einzureichenden Einwendungen, als auch die an das k. k. Appellationsgericht zu verfassenden Beschwerdeschriften mit den Worten: „In Ausziehungssachen" von Außen bezeichnet, und die dazu bestimmten Tage und Zeit für beständig fortlaufend gehalten und verstanden werden sollen,

dergestalt, daß, im Falle der zur Einreichung der Beschwerde wider die geschehene Aufkündigung vorgeschriebene Tag in die Ferien einfiele (nur allein die Sonn- oder gebothenen Feyertage ausgenommen), die Parteyen dergleichen Anbringen dennoch zur weiteren Vorkehrung an die Behörde also gewiß zu überreichen haben werden, als im widrigen ein solches Anbringen ohne alle Ausnahme für ungültig gehalten seyn solle. Wenn von dem Appellationsgerichte das Urtheil der ersten Instanz nicht bestätiget worden, stehet dem sich dadurch beschwert achtenden Theile statt der Revision der weitere Recurs an die k. k. oberste Justizstelle bevor; wobey sich ob der Fristen und sonstigen Verfahrens durchgehends in jener Art zu benehmen ist, wie bey dem Recurse an das nied. österr. Appellationsgericht vorgeschrieben ist.

g. Alle hier erwähnten Verordnungen, welche auf den ganzen Umfang innerhalb der Linien sich erstrecken, sind nicht nur allein auf die Aufkündigung der in- und vor der Stadt befindlichen Wohnungen und Zimmer, sondern auch in Absicht auf die vorgeschriebene Zeit und Art der Aufkündigung, dann des bey entstehendem Streite vorgeschriebenen Verfahrens, und hierbey zu beobachtenden Fristen auf die Keller, Ställe, und was immer dergleichen in Bestand verlassen werden kann, zu verstehen.

5) Die oben Nr. 3 aufgestellte Behauptung, daß die für einige Städte erlassenen besonderen Vorschriften in Bezug auf Bestandverträge durch das bürgerliche Gesetzbuch nicht aufgehoben worden sind, wird durch das an das gallizische Appellationsgericht erlassene Hofdecret vom 16. Jänner 1813 [1]) ausdrücklich bestätiget, da dasselbe bestimmt: daß das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch an den Vorschriften des Ausziehpatentes für die Stadt Lemberg nichts geändert habe, da dasjenige, was an jedem einzelnen Orte bey Vermiethung und Aufkündigung der Wohnungen zu beobachten, und wie bey vorfallenden Streitigkeiten über eines und das andere der Beweis zu führen sey,

1) J. G. S. Nr. 1024.

der Natur der Sache nach, nie einen Gegenstand des allg. bürg. Gesetzbuches ausmachen konnte, und der buchstäbliche Inhalt des §. 1116 klar beweiset, daß die besonderen Vorschriften, welche die Dauer des Miethvertrages bestimmen, auch fernerhin gelten, und nur in Ermangelung derselben die allgemeinen Gesetze zur Richtschnur dienen sollen.

Mit diesem Hofdecrete ist zugleich die Miethordnung für die Stadt Lemberg und die Vorstädte derselben vom 21. September 1792 in die Justiz-Gesetzessammlung aufgenommen worden, welche folgende besondere Bestimmungen enthält:

a. Es bleibt dem freywilligen Uebereinkommen zwischen Bestandgebern und Miethleuten überlassen, wegen Beziehung und Benützung aller Arten von Miethwohnungen, Gewölbern ꝛc. entweder sich mündlich zu verabreden, oder einen schriftlichen Contract abzuschließen, die Verabredung oder den Contract tag-, wochen- oder monathweise, viertel-, halb- oder ganzjährig einzurichten, und zugleich zu bestimmen, in welchen Fristen der Zins entrichtet werden soll. Wenn aber kein schriftlicher Contract geschlossen worden ist, hat die Miethperson bey jahrweisen Miethen den bestimmten Zins immer vierteljährig zum voraus abzutragen.

b. Sollte in dem Miethvertrage keine bestimmte Frist zur Aufkündigung ausdrücklich bedungen worden seyn, so muß bey der Miethe für ein Vierteljahr, sechs Wochen vor Verlauf desselben; bey jener auf ein halbes oder ganzes Jahr, drey Monathe vor dem Ende dieser Zeit aufgekündet werden. Die für eine Woche oder einen Monath geschlossenen Miethverträge gehen natürlich mit demselben zu Ende; wäre aber die Miethe für mehrere Monathe, ohne ihre Zahl zu bestimmen, eingegangen, wodurch eine Aufkündigung nothwendig gemacht wird; so soll vierzehn Tage vor dem Ausgange des Monaths aufgekündet werden. Wenn diese Fristen, wozu der Tag, an welchem aufgekündet wird, einzurechnen ist, wären versäumt worden; so ist nachher kein Theil verbunden, eine Aufkündigung anzunehmen, und sie ist ganz als ungültig anzusehen.

c. Miethverträge, die nicht schriftlich geschlossen werden, können nicht länger als für ein Vierteljahr gelten.

Die übrigen Verfügungen kommen mit jenen in dem Ausziehpatente für Wien überein.

In Betreff der Berechnung der in der Miethordnung für die Stadt Lemberg zur Aufkündigung der Wohnungen und zum Rückerlage festgesetzten Fristen wurde angeordnet [1]): daß zwar der Aufkündigende seiner Seits die Aufkündigung nur binnen der ihm dazu festgesetzten Frist bey Gericht anzubringen schuldig sey; daß aber seinem Gegner die Frist zur Ueberreichung des Rückerlages erst nach dem Tage, an welchem die Zustellung geschehen ist, zu laufen anfange.

6) Für den Burgfrieden der Hauptstadt Prag wurde durch Hofkanzleydecret vom 9. März 1805 [2]) über die Aufkündigung und Räumung der Wohnungen, Keller, Ställe, und aller dergleichen Bestandtheile eine Verordnung erlassen, welche im Wesentlichen die nähmlichen Anordnungen enthält, wie das Ausziehpatent für Wien; nur ist daselbst in Ansehung der Aufkündigungszeit §. 1 bestimmt, daß in Ermangelung eines ausdrücklichen Uebereinkommens eine vierteljährige Aufkündigung, und zwar längstens binnen 14 Tagen nach Lichtmeß, Georgi, Jacobi und Galli, Statt haben solle.

7) Eben so wurde für die Hauptstadt Klagenfurt durch Hofkanzleydecret vom 19. October 1792 [3]) das für die Residenzstadt Wien geltende Ausziehpatent in Anwendung gebracht, und dabey verordnet, daß zur Aufkündigung der gemietheten Wohnungen die bisher gewöhnlichen Zeitfristen auch künftighin dergestalt zu beobachten seyn, daß 14 Tage vor und nach Lichtmeß, dann 14 Tage vor und nach Johanni die Wohnung aufgekündet, und im ersten Falle zu Georgi, im zweyten aber zu Michaeli geräumt werden sollen, so zwar, daß nach Verlauf der vorgeschriebenen Aufkündigungszeit eine spätere Aufkündigung nicht mehr angenommen werden dürfte. Doch bleibe es den Hausin-

1) Justiz-Hofdecret vom 28. Februar 1818. Goutta's G. S., 15. B., S. 52.
2) J. G. S. Nr. 719.
3) P. G. S., 1. B., S. 195.

habern unbenommen, mit den Miethparteyen besondere Verträge zu schließen, in welchem Falle beyde Contrahenten nach den daselbst eingeschalteten Bedingungen sich zu verhalten verbunden sind.

8) Für die Stadt Linz und den Markt Urfahr wurde mit Justiz-Hofdecret vom 15. März 1833 [1]) eine Ausziehvorschrift kundgemacht, welche mit dem Wiener-Ausziehpatente im Wesentlichen übereinkömmt, insbesondere aber

a. alle Amtshandlungen — ohne Ausnahme der Hauseigenthümer und Miethsleute mit Einschluß der Militärpersonen — dem Linzer-Stadt- und Landrechte in erster Instanz zuweist.

b. Die Aufkündigung der Wohnungen, in so fern nicht ein ausdrückliches Uebereinkommen getroffen wurde, auf die Termine: Lichtmesse, Georgi, Jakobi und Michaeli beschränkt; jedoch so, daß die Aufkündigung längstens 14 Tage nach diesen Terminen an die betreffende Partey geschehen muß;

c. die Recursfrist auf die nach dem Zustellungstage des erstrichterlichen Urtheils nächstfolgenden 3 Tage festsetzt. Der Recurs ist bey der ersten Instanz einzubringen, und sammt allen Acten und Entscheidungsgründen ohne Anordnung einer Inrotulirungs-Tagsatzung unverzüglich an das k. k. n. ö. Appellations-Gericht einzusenden.

9) Da übrigens das vorzügliche Verhältniß zwischen einem Hausherrn und seinem Hausmeister, Gärtner, Portier u. s. w. ganz oder zum Theil statt des Lohnes die freye Wohnung genießenden Leuten in dem Dienstcontracte bestehet; so sind dieselben bey vorfallender Dienstesentlassung auch in Absicht auf die Aufkündigung der Wohnung und Ausziehung nach dem Dienstbothenpatente zu behandeln, es wäre dann, daß durch besondere Contracte zwischen dem Hausherrn und derley Dienstleuten in Beziehung auf die ihnen eingeräumte Wohnung etwas Anderes bedungen worden wäre [2]).

---

1) Wagner's Zeitschrift, Jahrgang 1833, Notiz-Blatt. Seite 113 Nr. 45.
2) Hofdecret vom 4. Nov. 1781; J. G. S. Nr. 260.

§. 1117.

Der Bestandnehmer ist berechtiget, auch vor Verlauf der ausdrücklich oder stillschweigend bedungenen Zeit von dem Vertrage abzustehen, wenn die bestandene Sache ihrer mangelhaften Beschaffenheit wegen zu dem ordentlichen Gebrauche untauglich ist; wenn ein beträchtlicher Theil des Bestandstückes durch Zufall auf eine längere Zeit entzogen oder unbrauchbar wird; oder wenn der Bestandgeber dasselbe nicht mehr im brauchbaren Stande erhält.

1) Obschon im Allgemeinen die Regel gilt, daß ein Paciscent von den festgesetzten Bestimmungen eines Vertrages selbst dann nicht eigenmächtig zurücktreten könne, wenn auch von Seite des anderen Paciscenten die Vertragspflichten nicht erfüllet werden, sondern in diesem Falle dem ersteren nur freystehet, seinen Conpaciscenten durch Zwang zur Erfüllung seiner Vertragspflichten anzuhalten (§. 919), und obschon auch der §. 1311 ausspricht, daß der bloße Zufall denjenigen treffe, in dessen Person oder Vermögen er sich ereignet, so hat doch das Gesetz bey dem Bestandvertrage hievon Ausnahmen gemacht, weil, wie v. Zeiller bemerkt, hierbey einerseits der ordentliche Gebrauch, andererseits der Bestandzins und die Erhaltung des Bestandgutes zur natürlichen stillschweigenden Bedingung gemacht wird.

2) Der §. gestattet daher aus obigem Grunde dem Bestandnehmer den Rücktritt a) wenn die in Bestand genommene Sache ihrer (inneren Nr. 3) mangelhaften Beschaffenheit wegen zu dem ordentlichen Gebrauche (ganz oder doch großen Theils Nr. 3) untauglich ist. — Herr Regierungsrath v. Scheidlein behauptet, es sey einerley, ob sie schon zur Zeit der Uebergabe untauglich gewesen, oder erst während der Dauer des Bestandvertrages untauglich geworden sey. Der Bestandnehmer habe nach §. 922 immer Gewähr zu leisten. Dieser Behauptung, der ich übrigens ganz beypflichte, mangelt es aber an der

gesetzlichen Begründung; indem der §. 922 offenbar den Zeitpunct der Uebergabe vor Augen hat. Es ist doch kein Zweifel, daß der Verkäufer einer Sache für jene Mängel nicht hafte, welche erst nach der Uebergabe der Sache entstanden sind, und selbe zum Gebrauche untauglich gemacht haben. Warum soll es sich nun mit dem Bestandvertrage anders verhalten? — Allein es ist schon bey Erläuterung des §. 1092 bemerket worden, daß der Bestandvertrag in gewisser Beziehung als ein Kauf- und Tauschvertrag angesehen werden könne, und daß der Gegenstand dieses Kauf- und respect. Tauschvertrages der Gebrauch der Sache sey, der dem Bestandnehmer an der übergebenen Sache eingeräumt wird. — Da aber der Gebrauch der Sache nicht auf einmahl, sondern successive gemacht wird, so ist der Bestandvertrag einem solchen Kaufvertrage ähnlich, wo die Uebergabe des Kaufgegenstandes ebenfalls successive geschieht; wie z. B., wenn Jemand zu einer Lieferung 1000 Zentner Hafer einkaufte, und von dem Verkäufer alle Wochen ein hundert Zentner an ihn abgeliefert wurden. Es ist nun kein Zweifel, daß bey der jedesmahligen Ablieferung der hundert Zentner der Fall der Gewährleistung eintrete. — Der dem Bestandnehmer verkaufte Gebrauch der Sache wird gleichsam täglich übergeben, darum hat der Bestandgeber auch für solche Mängel der Sache, welche erst nach Uebergabe derselben (die mit der Uebergabe des Gebrauches nicht zu verwechseln ist) entstehen, und den ordentlichen Gebrauch der Sache hindern, zu haften.

3) Sollte die mangelnde Beschaffenheit der Sache den ordentlichen oder verabredeten Gebrauch derselben nicht gänzlich, sondern nur zum Theile hindern, oder sollte der Mangel von der Art seyn, daß er gehoben werden kann; so würde in der Regel der Bestandnehmer nicht sogleich von dem Vertrage abzustehen berechtiget seyn. — Eine Ausnahme würde im ersten Falle dann eintreten, wenn ohne Verschulden des Bestandnehmers, sohin entweder aus Verschulden des Bestandgebers oder auch durch einen bloßen Zufall ein beträchtlicher Theil derselben unbrauchbar wird, da es einerley ist, ob der Gebrauch der Sa-

che, der vom Bestandnehmer eigentlich gekauft, und der Gegenstand des Vertrages ist, durch Entziehung oder Vernichtung eines Theils der Substanz der Sache selbst (Nr. 4), oder auf eine andere Art und Weise gestöret wird; und im zweyten Falle dann, wenn dem Bestandnehmer der sogleiche Gebrauch der Bestandsache nothwendig ist, indem in diesem Falle die unverzügliche Brauchbarkeit der Sache als stillschweigend bedungen angesehen werden kann (§§. 922 u. 923).

4) Ferner gestattet der gegenwärtige §. dem Bestandnehmer den Rücktritt, b) wenn ein beträchtlicher Theil des Bestandstückes durch Zufall, d. i. ohne sein eigenes Verschulden auf längere Zeit entzogen oder unbrauchbar wird, wenn z. B. der größere Theil einer Wohnung durch eine zufällig entstandene Feuersbrunst dergestalt beschädiget wird, daß derselbe neu hergestellt werden muß. Würde nur ein Wohnzimmer dadurch unbrauchbar, oder würde durch das Austreten des Flusses eine in der Nähe desselben befindliche Wohnung auf einige Tage unter Wasser gesetzt, oder würden einige zu dem Landgute gepachtete Aecker bey einer Ueberschwemmung so verschlemmt, daß es einiger Zeit bedarf, um dieselben von dem Schlamme zu reinigen; so könnte der Bestandnehmer darum von dem Vertrage nicht abstehen, und im letzteren Falle nicht einmahl einen Erlaß am Pachtzinse fordern[1]). Die Beträchtlichkeit des Entganges und die Länge der Zeit muß, wie v. Zeiller bemerkt, aus der Absicht, dem Stande, den Bedürfnissen und übrigen bekannten Verhältnissen des Bestandnehmers beurtheilet werden. — Dem Gesagten zufolge hat die Aufhebung des Vertrages nur dann Statt, wenn man sagen kann, das Bestandstück sey dem Bestandnehmer zu dem ordentlichen Gebrauche untauglich, z. B.: wenn Jemanden, der mit einer Gattinn und mehreren Kindern zwey Zimmer bewohnt, der Gebrauch eines Zimmers durch Zufall auf längere Zeit entzogen, oder wenn ein Reisender das gemiethete Zimmer eines Zufalles wegen, auch nur auf einige Tage zu bewohnen außer Stand gesetzt würde.

1) Scheidlein a. a. O. §. 33.

5) Um so mehr mußte sich der Gesetzgeber bewogen finden, c) den Rücktritt dann zu verstatten, wenn ein Verschulden des Bestandgebers unterläuft, der, ungeachtet der geschehenen Erinnerung, die Sache im brauchbaren Zustande zu erhalten unterläßt (§. 1097). Aus anderen Ursachen kann der Bestandnehmer ohne Entrichtung des vollständigen Zinses von dem Bestandgute nicht abziehen; es bleibt ihm nur das Recht, selbes in Afterbestand zu geben (§. 1098).

§. 1118.

Der Bestandgeber kann seinerseits die frühere Aufhebung des Vertrages fordern, wenn der Bestandnehmer der Sache einen erheblichen nachtheiligen Gebrauch davon macht; wenn er nach geschehener Einmahnung mit der Bezahlung des Zinses dergestalt säumig ist, daß er mit Ablauf des Termins den rückständigen Bestandzins nicht vollständig entrichtet hat; oder wenn ein vermiethetes Gebäude neu aufgeführt werden muß. Eine nützlichere Bauführung ist der Miether zu seinem Nachtheile zuzulassen nicht schuldig, wohl aber nothwendige Ausbesserungen.

1) Dem Bestandgeber bewilligt das Gesetz aus dem oben angeführten Grunde (§. 1117 Nr. 1) die Aufhebung des Vertrages, wenn der Bestandnehmer der Sache einen nachtheiligen Gebrauch davon macht, und der Nachtheil von Erheblichkeit ist. — Unter einem nachtheiligen Gebrauch wird ein solcher verstanden, welcher den dem Bestandnehmer durch den Vertrag entweder ausdrücklich oder stillschweigend überlassenen Gebrauch übersteiget, und dadurch der Sache einen Schaden verursacht. Einen solchen nachtheiligen Gebrauch pflegt man auch einen Mißbrauch zu nennen. Aber nicht jeder Mißbrauch, der von dem Bestandstücke gemacht wird, berechtiget den Bestandgeber, von dem Vertrage abzugehen, sondern nur der, der von Erheblichkeit ist, d. i. der dem Bestandstücke einen bedeutenden Schaden

entweder wirklich zufüget, oder dasselbe wenigstens der Gefahr eines solchen aussetzet; indem ein minder bedeutender Schade leicht durch andere Rechtsmittel abgewendet oder gut gemacht werden kann. Beyspiele sind: wenn Jemand das gemiethete Reitpferd über dessen Kräfte anstrenget, oder dasselbe auch zu Fuhrwerken verwendet, oder die wirthschaftliche Cultur der Aecker im hohen Grade vernachlässiget, oder die gemiethete Wohnung zur Aufnahme liederlichen Gesindels benützt, wodurch dem Wohnhause ein bleibender übler Ruf zugezogen wird, oder wenn er dasselbe durch sorgloses Benehmen mit dem Lichte und Feuer der Gefahr des Abbrennens aussetzt.

2) Auch wegen eines beträchtlichen Saumsals in der Entrichtung des Bestandzinses gestattet das Gesetz dem Bestandgeber den Vertrag aufzuheben. Jedoch wird in diesem Falle erfordert, daß a) eine Einmahnung vorausgegangen sey, und b) der Bestandmann selbst nach dieser Einmahnung mit der Bezahlung des Zinses dergestalt säumig sey, daß er mit Ablauf des Termins den rückständigen Bestandzins nicht vollständig entrichtet habe. — Die Worte des gegenwärtigen §. lassen es etwas zweifelhaft, ob der Bestandmann mit Ablauf des zweyten Termins den ganzen, d. i. auch den mit Ablauf des zweyten Termins neuerlich verfallenen Zins, um dieser üblen Rechtsfolge auszuweichen, entrichten müsse, oder ob es zur Hintanhaltung derselben genüge, daß er mit Ablauf des zweyten Termins den früheren, bereits eingemahnten Rückstand berichtige. v. Zeiller scheint in seinem Commentare der ersteren Meinung zu seyn, da er sagt, daß der Bestandmann sein Recht verliere, wenn er nach Ablauf des nächsten Termins den rückständigen Zins nicht vollständig (folglich nicht den ganzjährigen [1]) entrichtet hat. v. Scheidlein dagegen spricht sich [2]) für die zweyte Meinung aus, da er sagt, daß das Gesetz dem Bestandgeber erst dann von dem Vertrage abzugehen erlaube, wenn der Bestandnehmer bey Ablauf des nächsten Termins den von dem vorigen Termine rückständigen Zins noch nicht vollständig entrichtet hat, und gibt zugleich als Grund die-

1) Vergl. §. 1103.
2) A. a. O. §. 34.

ser Vorschrift an, weil zwar der Bestandgeber in Hinsicht eines Termins durch das ihm eingeräumte gesetzliche Pfandrecht hinlänglich bedecket ist, diese Bedeckung aber nicht mehr zureichen würde, wenn bey Ablauf des zweyten Termins der erste nicht vollkommen zugehalten würde, mithin mehr als Ein Termin rückständig bliebe. — Diese letztere Meinung scheint auch die richtigere zu seyn. Denn a) stellt der §. 919 die Regel auf, daß wegen nicht genauer Erfüllung eines Vertrages kein Theil berechtiget sey, die Aufhebung, sondern nur die genaue Erfüllung des Vertrages und Ersatz zu fordern; im Zweifel ist daher die geringste Abweichung von diesem Grundsatze anzunehmen; b) der §. 252 des 3. Theils des westgalizischen Gesetzbuches, dessen Inhalt dem gegenwärtigen §. zu Grunde liegt, sagt: „Der Bestandgeber kann seiner Seits die frühere Aufhebung des Contractes fordern, wenn der Bestandnehmer mit dem Zinse über einen ganzen Termin im Rückstande bleibt," und der Gesetzgeber scheint durch die in diesem §. gemachte Aenderung die frühere Strenge nur mildern, und nicht verschärfen zu wollen, und daher die frühere Einmahnung als weiteres Erforderniß vorzuschreiben; endlich c) spricht selbst die Textirung des gegenwärtigen §. für diese Auslegung. Denn er drückt sich dergestalt aus, daß der Bestandnehmer mit der Entrichtung des Zinses dergestalt säumig seyn müsse, daß er mit Ablauf des Termines den rückständigen Bestandzins nicht vollständig entrichtet hat. Nun ist zwar richtig, daß mit Ablauf des zweyten Termins der Zins für alle zwey (oder auch mehrere) Termine rückständig wird, allein der Ausdruck dergestalt säumig, der einen Saumsal in höherem Grade bezeichnet, passet nur auf den von den früheren Terminen rückständigen Zins, und nicht auf den, welcher erst mit Ablauf des letzten Termins fällig wird. Denn setzen wir den Fall: der Bestandnehmer habe den um Georgi verfallenen Zins nicht bezahlt, der Bestandgeber habe dann später diesen rückständigen Zins eingemahnt; am 30. September hierauf bezahle der erstere den zu Georgi verfallenen Zins; so kann man nicht mehr sagen, daß er mit der Zinsentrichtung im höheren Grade säumig sey, weil er den Zins, den er am 29. September hätte entrichten

sollen, am 30. September noch nicht entrichtet hat. — Uebrigens würde sich aus der entgegengesetzten Meinung die etwas sonderbare Folge ergeben, daß wenn der Bestandnehmer auch sogleich nach geschehener Einmahnung den früheren Zins bezahlt hätte, er doch auch am Verfallstage den laufenden Zins um so gewisser entrichten müßte, als der Bestandgeber sonst schon am darauf folgenden Tage die Aufhebung des Bestandvertrages fordern könnte; — eine Strenge, die gewiß nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen war. — Ob der Zins, wie es der §. 1100 anordnet, erst nach Verlauf eines halben Jahres, oder zufolge der für den einen oder anderen Ort dießfalls bestehenden politischen Vorschriften oder eines ausdrücklichen Einverständnisses im vorhinein zu entrichten ist, ist hier gleichgültig; denn immer ist der Bestandnehmer von dem Zeitpuncte an im Saumsale, als er den bedungenen Bestandzins hätte entrichten sollen, und ihn nicht entrichtet hat.

3) Ein fernerer Grund, den Bestandvertrag vor der bedungenen Zeit aufzulösen, ist dann vorhanden, wenn der Fall eintritt, daß ein vermiethetes Gebäude so baufällig wird, daß es den Einsturz drohet, und daher Gefahr vorhanden ist, daß es bey Unterlassung einer neuen Bauführung ganz zu Grunde gehen würde. — Einen solchen nothwendigen Bau zu führen, kann der Vermiether durch die Vermiethung, wenn auch keine politischen Rücksichten vorhanden wären (§. 343) nicht gehindert werden, und zwar um so weniger, als dadurch dem Bestandnehmer gar kein Nachtheil zugehet, weil bey Unterlassung dieser Bauführung das Bestandgut dem Bestandnehmer ohnehin zu keinem Gebrauche mehr seyn würde. Ob aber die neue Bauführung nothwendig sey, ist, wenn hierüber zwischen dem Bestandgeber und Bestandnehmer ein Streit entsteht, von dem Richter nach Befund der Sachverständigen zu entscheiden, im Falle nähmlich nicht schon die politische Behörde aus allgemeinen Rücksichten die neue Bauführung nothwendig fände. Von der nothwendigen Bauführung ist eine bloße nöthig gewordene Ausbesserung zu unterscheiden, welche nicht so, wie die ganz neue Bauführung, den Gebrauch des Miethstückes gänzlich hindert, son-

dern nur einen beträchtlichen oder minder beträchtlichen Theil desselben auf längere oder kürzere Zeit unbrauchbar macht. Herr Hofrath von Zeiller sagt, daß das Nähmliche, was von einer nothwendigen Bauführung gesagt worden ist, auch von einer nothwendigen Ausbesserung gelte, sie mag eine zeitliche Entziehung oder nur Einschränkung der Miethe zur Folge haben; allein, läßt sich der Bestandnehmer diese zeitliche Entziehung oder Einschränkung freywillig gefallen, so ist kein Grund vorhanden, dem Bestandgeber das Recht einzuräumen, die frühere Aufhebung des Vertrages zu fordern. Nur das muß als richtig angenommen werden, daß sich der Bestandnehmer diese Ausbesserung gefallen lassen müsse; und es kann hier sonach nur die Frage aufgeworfen werden, ob der Bestandnehmer von seiner Seite die Auflösung des Vertrages fordern könne? — welche Frage nach dem Sinne des vorhergehenden §. 1117 dahin beantwortet werden muß, daß er die Aufhebung des Vertrages nur dann fordern könne, wenn ihm durch die Ausbesserung ein beträchtlicher Theil des Bestandstückes auf längere Zeit entzogen wird.

§. 1119.

Wenn dem Vermiether die Nothwendigkeit der neuen Bauführung schon zur Zeit des geschlossenen Vertrages bekannt seyn mußte; oder, wenn die Nothwendigkeit der durch längere Zeit fortzusetzenden Ausbesserungen aus Vernachlässigung der kleineren Ausbesserungen entstanden ist; so muß dem Miether für den vermißten Gebrauch eine angemessene Entschädigung geleistet werden.

1) Wird eine neue Bauführung nothwendig, und darum der Vertrag vor Verlauf der Zeit aufgehoben, oder sind nothwendige Ausbesserungen durch längere Zeit fortzusetzen, und wird der Miether dadurch in dem ordentlichen Gebrauche des Miethstückes gehindert; so kann er in der Regel auf keine Entschädigung Anspruch machen, weil diese Nothwendigkeit durch einen Zufall herbeygeführt wird, für welchen aber der Vermiether nicht haftet. Als Ausnahmen von dieser Regel sind diejenigen Fälle zu betrach-

ten, in welchen dem Zufalle ein vorhergegangenes Verschulden des Vermiethers zum Grunde liegt. Der gegenwärtige §. führt zwey Fälle auf, wo ein solches Verschulden vorhanden ist.

2) Der erste Fall ist, wenn dem Vermiether die Nothwendigkeit der neuen Bauführung schon zur Zeit des geschlossenen Vertrages bekannt war, oder ihm dieselbe aus der Beschaffenheit des Gebäudes bekannt seyn mußte. — Das Gesetzbuch berührt im gegenwärtigen §. freylich nur den letzteren Fall, aber gewiß nicht in der Absicht, denjenigen Vermiether, welchem die Nothwendigkeit der neuen Bauführung bekannt war, ohne daß man gerade von ihm behaupten kann, daß sie ihm bekannt seyn mußte, von der Verpflichtung der Ersatzleistung loszusprechen, sondern weil der Beweis dieser Kenntniß nicht leicht anders als dadurch hergestellt werden kann, daß dargethan werde, es seyen bey Schließung des Miethvertrages solche Umstände vorhanden gewesen, woraus dem Vermiether die Nothwendigkeit der neuen Bauführung einleuchten mußte. Daß bey Beurtheilung der Nothwendigkeit der Erkenntniß auf die individuelle Beschaffenheit des Vermiethers Rücksicht genommen werden müsse, liegt in der Natur der Sache.

3) Der zweyte Fall ist, wenn die Nothwendigkeit der durch längere Zeit fortzusetzenden Ausbesserungen aus Vernachlässigung der kleineren Ausbesserungen entstanden ist. Dabey muß vorausgesetzt werden, daß der Miether dem Vermiether die Umstände, welche die kleineren Ausbesserungen erforderlich machten, gehörig angezeigt hat, weil man dem Vermiether sonst keiner Nachlässigkeit, folglich auch keines Verschuldens beschuldigen kann, sondern dieses vielmehr auf Seite des Miethers vorhanden wäre.

4) Der Vermiether mag nun auf die eine oder die andere Art ein Verschulden begehen, so ist er für dasselbe verantwortlich; mithin schuldig, dem Miether für den vermißten Gebrauch eine angemessene, d. i. eine mit dem durch Vermissung des Gebrauches ihm zugezogenen Nachtheile im Verhältnisse stehende Entschädigung zu leisten. Im Falle, als eine neue Bauführung nothwendig, also der Bestandvertrag aufgehoben wird, besteht die Entschädigung darin, daß der Vermiether dem Miether durch die noch übrige Zeit der Dauer des Miethvertrages eine ähnliche

eben so vortheilhafte und bequeme Wohnung verschaffe, oder ihm das ersetze, um was er für eine ähnliche, eben so vortheilhafte und bequeme Wohnung mehr Zins bezahlen muß, zugleich aber auch, es mag das Eine oder Andere Statt finden, die mit der Uebersiedelung verknüpften Kosten ersetze, im Falle entgegen, daß durch längere Zeit fortzusetzende Ausbesserungen nothwendig werden, und der Miether von dem Vertrage nicht abstehen kann, weil ihm dadurch nur ein minder beträchtlicher Theil des Miethstückes entzogen wird, oder nicht abstehen will; ist dem Miether ein verhältnißmäßiger Theil des Zinses zu erlassen, oder für die Zeit, als er die Wohnung zu gebrauchen gehindert wird, der zum einstweiligen Gebrauche einer ähnlichen eben so vortheilhaften und bequemen Wohnung erforderliche Aufwand zu vergüten [1]).

5) Es scheint auffallend zu seyn, daß das Gesetz hier nur vom Vermiether, und nicht vom Bestandgeber überhaupt spricht, und man könnte daher den Schluß daraus zu ziehen versucht werden, daß die gegenwärtige Vorschrift auf Pachtungen keine Anwendung leide. Was den in Nr. 3 angeführten Fall betrifft, so ist nicht zu übersehen, daß der §. 1096 dem Pächter die gewöhnlichen Ausbesserungen in so weit, als sie mit den Materialien des Gutes, und den Diensten, die er nach Beschaffenheit des Gutes zu fordern berechtiget ist, bestritten werden können, selbst aufbürdet (§. 1096), woraus ganz natürlich folgt, daß wenn die Nothwendigkeit der durch längere Zeit fortzusetzenden Ausbesserungen aus Vernachlässigung dieser dem Pächter obliegenden Ausbesserungen sich ergeben hat, der Verpächter zu einem Ersatze nicht verhalten werden könne. — Ist aber die Nothwendigkeit der oben angeführten Ausbesserung aus Vernachlässigung jener zwar kleineren, jedoch dem Pächter nicht obliegenden Ausbesserungen erwachsen, und sind dieselben dem Verpächter gehörig angezeigt worden; so ist offenbar ein Verschulden des Verpächters vorhanden, und er hat schon nach den allgemeinen Grundsätzen der Lehre vom Schadenersatze den daraus entsprin-

1) Siehe Scheidlein a. a. O. §. 35.

genden Nachtheil zu verantworten (§. 1295). Das nähmliche muß behauptet werden, wenn bey Pachtungen der oben Nr. 2 berührte Fall eintritt.

§. 1120.

d) Veräußerung der Sache.

Hat der Eigenthümer das Bestandstück an einen Andern veräußert, und ihm bereits übergeben; so muß der Bestandinhaber, wenn sein Recht nicht in die öffentlichen Bücher eingetragen ist (§. 1095), nach der gehörigen Aufkündigung dem neuen Besitzer weichen. Er ist aber berechtiget, von dem Bestandgeber in Rücksicht auf den erlittenen Schaden, und entgangenen Nutzen eine vollkommene Genugthuung zu fordern.

1) Ein weiterer Fall der Auflösung des Bestandvertrages ist die Veräußerung der Bestandsache. Aus dem Bestandvertrage hat nähmlich der Bestandnehmer bloß ein persönliches Recht gegen den Bestandgeber, welches er, wenn das Bestandgut von demselben veräußert worden ist, wider den dritten Besitzer nicht geltend machen kann. Der Uebernehmer kann daher, sobald er in Besitz des veräußerten Bestandstückes gesetzt worden ist, fordern, daß der Bestandvertrag aufgelöset werde. — Daß der Uebernehmer in so lange, als er den Besitz der Sache nicht erlanget hat, dieses Recht nicht ausüben könne, gibt das Gesetz hier klar durch den Ausdruck zu erkennen, daß der Bestandmann dem neuen Besitzer weichen müsse. — Es muß also auch unter Uebergabe hier die Einräumung des Besitzes verstanden werden.

2) Unter Besitz kann hier nicht bloß der Naturalbesitz, sondern muß der Tabularbesitz verstanden werden. Herr Regierungsrath v. Scheidlein ist zwar anderer Meinung, indem er sagt [1]): „Unter Uebergabe wird aber hier die Einsetzung in den physischen Besitz der Bestandsache verstanden, theils weil der

1) A. a. O. §. 36.

Käufer dadurch schon das Recht, über die Sache zu verfügen, mit alleiniger Ausnahme der auf die öffentlichen Bücher sich beziehenden Handlungen erlanget, theils weil der Käufer dadurch wirklicher Besitzer wird, der §. 1120 aber aussagt, daß der Bestandinhaber dem neuen Besitzer weichen müsse. — Es ist daher einerley, ob der Käufer als Eigenthümer in die öffentlichen Bücher eingetragen worden sey, oder nicht, und wenn er in dieselben noch nicht eingetragen worden ist, einerley, ob der Verkäufer ihm die Bewilligung ertheilt habe, sich als solcher eintragen zu lassen, oder nicht." — Es leuchtet aus diesen Worten klar hervor, daß dessen Behauptung auf schwachen Fundamenten gegründet sey. — Der §. 321 sagt ja ausdrücklich: „Wo sogenannte Landtafeln, Stadt- oder Grundbücher, oder andere dergleichen öffentliche Register eingeführt sind, wird der rechtmäßige Besitz eines dinglichen Rechtes auf unbewegliche Sachen nur durch die ordentliche Eintragung in diese öffentlichen Bücher erlangt." Wo daher das Gesetz selbst von dem Besitzer einer unbeweglichen Sache spricht, kann wenigstens in der Regel nur derjenige darunter verstanden werden, welcher als solcher in den öffentlichen Büchern eingetragen ist. — Besonders muß in dem Falle, als Jemand im Tabularbesitze, und ein Anderer im Naturalbesitze einer und derselben Sache ist, nach §. 322 der erstere als der eigentliche Besitzer angesehen werden. Nun redet der gegenwärtige §. von dem neuen Besitzer. Er setzt also den Fall voraus, daß der frühere Eigenthümer aufgehört habe, Besitzer zu seyn. Dieses kann aber aus den obigen Gründen in so lange nicht behauptet werden, als derselbe noch in den öffentlichen Büchern als Eigenthümer erscheint. — Durch die bloße Einräumung des Naturalbesitzes kann der Uebernehmer doch kein stärkeres Recht erlangen, als der Bestandmann, dem die Sache gleichfalls in die physische Macht und Gewahrsame übertragen worden ist.

3) Der Ausdruck „Veräußerung" hat in der deutschen Sprache eine zweyfache Bedeutung, eine weitere und eine engere. In der weiteren Bedeutung versteht man darunter die Uebertragung einer Sache an einen Andern überhaupt, in der engeren Bedeu-

tung versteht man aber unter Veräußerung den Verkauf einer Sache [1]). In welcher Bedeutung ist nun in dem gegenwärtigen §. dieser Ausdruck genommen? — Herr Hofrath v. Zeiller berührt diese Frage in seinem Commentare nicht, — allein Herr Regierungsrath v. Scheidlein sagt ausdrücklich [2]): „Das Wort: „Veräußerung;" ist ein allgemeiner Ausdruck, begreift also nicht nur den Verkauf, als die gewöhnlichste Art derselben, sondern auch alle anderen Handlungen in sich, welche die Uebertragung des Eigenthums bezwecken, wie die Vertauschung, Schenkung, Vermächtniß."— Allein ich kann dieser Auslegung wenigstens nicht ohne Beschränkung beystimmen. Insbesondere scheint es mir sogar dem gemeinen Sprachgebrauche entgegen zu laufen, wenn man unter Veräußerung auch die Legirung einer Sache verstehen sollte. — Nie wird man sich z. B. in dem Falle, als der Erblasser A seinem Bruder B sein Haus legirt, des Ausdruckes bedienen, A hat sein Haus an B veräußert; doch müßte man diesen Ausdruck gebrauchen, wollte man auch diesen Fall unter den gegenwärtigen §. subsumiren. Der Ausdruck „Veräußern," schließt den Begriff des „Vonsichgebens" in sich; der Erblasser gibt aber die legirte Sache nicht von sich, ihm wird sie unwillkührlich durch den Tod entrissen. — Es mangelt zwar nicht an Gesetzesstellen, in welchen der Ausdruck „Veräußern" auch in dieser, ich möchte sagen, weitesten Bedeutung vorkömmt. So z. B. sagt gleich der bald folgende §. 1128: „Einer wie der Andere ist berechtiget seinen Antheil — — unter Lebenden oder durch eine letzte Willenserklärung zu veräußern." Dagegen fehlt es ebenfalls nicht an Stellen, und diese dürften überwiegend seyn, wo unter dem gedachten Ausdrucke nur die Uebertragung des Eigenthums einer Sache an einen Andern, insofern sie unter Lebenden geschieht, verstanden wird. So sagt der §. 244: „Ein Minderjähriger — — kann ohne Genehmhaltung der Vormundschaft weder etwas von dem Seinigen veräußern, noch eine Verpflichtung auf sich nehmen." Da er nun durch letz-

1) Man sehe hierüber Heinsius und Campes Wörterbuch der deutschen Sprache.
2) A. a. O. §. 36.

ten Willen über sein Vermögen zu verfügen, die Genehmigung der Vormundschaftsbehörde nicht bedarf, so folgt, daß unter dem Ausdruck „veräußern" hier nur ein Act unter Lebenden verstanden werden könne. — Noch entscheidender gegen die Annahme dieser weitesten Bedeutung spricht der §. 610 in den Worten: „Das Verboth, die Sache zu veräußern, schließt das Recht, darüber zu testiren, nicht aus." Und hat nicht der gegenwärtige §. selbst, da er anordnet: „Hat der Eigenthümer das Bestandstück an einen Andern veräußert, und ihm bereits übergeben u. s. w., offenbar einen unter Lebenden vor sich gehenden Act vor Augen? — Ich glaube sohin mit vollem Grunde behaupten zu können, daß unter dem Ausdrucke „Veräußerung" im gegenwärtigen §. nur ein Act unter Lebenden verstanden werden könne. — Der Grund davon ist auch nicht schwer einzusehen. — Der §. 662 sagt: „Ist die vermachte Sache verpfändet oder belastet, so übernimmt der Empfänger auch die darauf haftenden Lasten." Als eine Last muß aber allerdings auch angesehen werden, wenn das legirte Haus mit Wohnparteyen besetzt ist. — Wäre der Legatar nicht verbunden, die von dem Erblasser eingegangenen Bestandverträge zuzuhalten, so würde der Erbe um Entschädigung angegangen werden können; allein dieses scheint der Absicht, welche dem §. 662 zu Grunde liegt, zu widersprechen, indem diese nicht undeutlich dahin gehet, daß der Erbe in Ansehung der legirten Sache von allen Leistungen frey seyn solle. — Der Erblasser, der Jemanden ein Bestandstück legirt hat, will ganz sicherlich, daß der Legatar auch alle Verbindlichkeiten übernehmen solle, die der Erblasser in Bezug auf diese Sache übernommen hatte, wenn sie sich auch nicht zu einem eigentlich dinglichen Rechte gestaltet haben.

Ich habe bereits im Eingange des gegenwärtigen §. angeführt, daß der Ausdruck „Veräußerung" in der deutschen Sprache sich in manchen Fällen auf den Verkauf einer Sache allein beschränke. — Ich glaube nun auch behaupten zu dürfen, daß dieser Ausdruck auch im gegenwärtigen §. zwar nicht auf den Kauf allein, aber doch auf die entgeldliche Uebertragung der Sache an einen Andern beschränkt sey. — Daß der Ausdruck „Ver-

äußerung" wirklich in dem Sinne einer entgeldlichen Uebertragung im Gesetzbuche vorkomme, beweiset der §. 1008, welcher sagt: „Folgende Geschäfte: Wenn im Nahmen eines Anderen Sachen veräußert, oder entgeldlich übernommen u. s. w. erfordern eine besondere, auf diese Gattungen der Geschäfte lautende Vollmacht. — Wenn aber ——— Rechte unentgeldlich aufgegeben werden sollen; ist eine besondere auf das einzelne Geschäft ausgestellte Vollmacht nothwendig." Hieraus ergibt sich klar, daß das Gesetz hier unter Veräußerung nur die entgeldliche Uebertragung einer Sache oder eines Rechtes an einen Andern verstehen könne. — Diese Bemerkung zeigt, daß die grammatische Auslegung über die eigentliche Bedeutung des oberwähnten Ausdruckes keine genügende Auskunft gebe, — daher man hier zur logischen Erklärung die Zuflucht nehmen muß; welche aus der hervorleuchtenden Absicht des Gesetzgebers herzuholen ist. — Bey unentgeldlichen Verträgen stellt nun der Gesetzgeber §. 915 den Grundsatz auf, daß im Zweifel angenommen werden müsse, der Verpflichtete habe sich eher die geringere als die schwerere Last auflegen wollen; es muß daher auch hier vorausgesetzt werden, daß Derjenige, der ein Bestandstück an Jemanden verschenkt, ihm dasselbe mit den von ihm in Bezug auf diese Sache eingegangenen Verbindlichkeiten überlassen wollte. Bey der entgeldlichen Veräußerung macht sich der Ueberträger stillschweigend verbindlich, die veräußerte Sache zum freyen Besitze zu übergeben (§. 1047); es würde daher selbst in dem Falle, als das Gesetz den Uebernehmer verpflichtete, die von dem Uebergeber eingegangenen Bestandverträge zu erfüllen, der Uebergeber dem Uebernehmer für jeden Fall zur Schadloshaltung verbunden seyn. — Bey der unentgeldlichen Veräußerung sichert aber der Uebergeber den freyen Besitz keineswegs zu. — Der Ueberträger wird also in dem vorausgesetzten Falle dem Uebernehmer zu keinem Ersatze verpflichtet seyn. — Auch in Ansehung der auf der Sache haftenden Schulden und Rückstände hat das Gesetz zwischen entgeldlichen und unentgeldlichen Verträgen einen Unterschied festgesetzt; denn bey den ersteren muß der Ueberträger dem Uebernehmer in Beziehung auf diese Schulden und Rück-

stände die Vertretung leisten (§. 928); bey unentgeldlichen Verträgen hat eine solche Gewährleistung nicht Statt (§. 922). Es kann also auch hier nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber dem Geschenkgeber eine doppelte Last aufbürden wollte, nähmlich a) dem Beschenkten das Eigenthum der geschenkten Sache zu übertragen, und b) zu Gunsten desselben, und damit er in der freyen Ausübung seines Eigenthumes nicht gehindert werde, den Bestandnehmer in Betreff der vorzeitigen Auflösung des Bestandvertrages zu entschädigen [1]).

4) Was wäre aber wohl in dem Falle Rechtens, wenn der Käufer sich gegen den Verkäufer verbunden hätte, den Bestandmann vor Verlauf der in dem Bestandvertrage festgesetzten Zeit in seinen früheren Bestandrechten nicht zu beirren? — v. Scheidlein ist der Meinung [2]), daß der Käufer dessenungeachtet das Recht habe, den Bestandvertrag aufzukünden. — Denn, sagt derselbe, auch dann erwirbt in Folge der Regel, daß man durch einen Anderen keine Rechte erwerben könne, der Bestandnehmer aus dem zwischen dem Bestandgeber als Verkäufer, und dem Käufer geschlossenen Vertrage kein Recht, welches er gegen den letzteren geltend machen könnte. Wohl aber ist, wenn die Fortsetzung des Bestandvertrages zur Bedingung des Kaufvertrages gemacht worden ist, der Verkäufer in dem Falle, als der Käufer den Bestandvertrag nicht zuhält, von dem Kaufvertrage abzugehen berechtiget, in dem Falle aber, als das Versprechen, den Bestandvertrag fortzusetzen, dem Kaufvertrage als ein abgesondertes Versprechen beygerückt worden ist, erwirbt der Verkäufer ein Recht, auf die Erfüllung desselben zu dringen, und stehen ihm, wenn der Käufer denselben zuwider handelt, alle diejenigen Rechtsmittel zu Gebothe, welche jedem Pasciscenten gegen den die Vertragspflicht verletzenden Mitpasciscenten zu Gebothe stehen. Wenn jedoch der Verkäufer in einem solchen Falle das aus dem Versprechen des Käufers erworbene Recht dem Bestandinhaber abtreten würde, so ist der Bestandinhaber

1) Daß hier nur eine entgeldliche Veräußerung zu verstehen sey, scheint auch das Rechts-Sprichwort: »Kauf bricht Miethe" zu bewähren.

2) A. a. O. §. 36.

dadurch in die Lage versetzt, gegen den Käufer davon Gebrauch zu machen, die Klage auf Zurückstellung des Bestandstückes durch die Einwendung des dem Verkäufer gemachten Versprechens zu entkräften. Gegen diese Meinung scheint auch nichts Gegründetes eingewendet werden zu können.

5) Der Rechtssatz, daß der Bestandinhaber dem Käufer des Bestandstückes, wenn er zum rechtlichen Besitze desselben gelangt ist, weichen müsse, ist aber nicht dahin zu verstehen, als wenn der letztere den ersteren sogleich zur Zurückstellung des Bestandstückes verhalten, z. B. den Inwohner sogleich nach der Uebernahme des Hauses aus der Wohnung vertreiben könnte, sondern es muß nach der Vorschrift des gegenwärtigen §. die gehörige Aufkündigung vorausgehen. Die gehörige Aufkündigung ist in der Regel die in dem §. 1116 bestimmte. — In jenen Städten aber, wo besondere Miethordnungen bestehen, und es sich um Aufkündigung eines Miethvertrages handelt, ist sich auch hier nach diesen zu achten.

6) Ungeachtet aber der Bestandnehmer dem neuen Besitzer weichen muß, ist er doch berechtiget, von dem Bestandgeber, welcher durch den Verkauf der Bestandsache die Fortsetzung des Bestandvertrages vereitelt, und solchergestalt die Vertragspflicht vorsätzlich verletzt hat, in Rücksicht auf den erlittenen Schaden und entgangenen Nutzen eine vollkommene Genugthuung zu fordern, also zu verlangen, daß ihm nicht nur der Schade, den er durch die frühere Aufhebung des Bestandvertrages wirklich leidet, sondern auch der Gewinn vergütet werde, den er über den dem Bestandzinse zusprechenden Gebrauch der Sache aus derselben bezogen hat, oder durch seine Industrie noch hätte beziehen können, und der ihm nun durch die übrige Bestandzeit entgangen ist [1]).

7) Eine weitere Frage, die sich hier zur Beantwortung aufdringt, besteht darin, ob der Bestandnehmer dem Käufer (oder überhaupt Uebernehmer) der Bestandsache dieselbe vor Verlauf der mit dem Bestandgeber verabredeten Zeit aufkünden

1) v. Scheidlein a. a. O.

könne? — v. Scheidlein beantwortet sie dahin: hier müsse unterschieden werden, ob der Verkäufer das ihm aus dem Bestandvertrage zukommende Recht dem Käufer abgetreten habe oder nicht. Im ersteren Falle könne der Bestandnehmer dem Käufer die Bestandsache eben so wenig vor Verlauf der Zeit aufzukünden berechtiget seyn, als er sie dem Verkäufer aufzukünden berechtiget war; im entgegengesetzten Falle müsse sich aber der Käufer die frühere Aufhebung des Bestandvertrages gefallen lassen, weil er mit dem Bestandnehmer keinen Vertrag geschlossen, mithin wider denselben kein Recht erworben hat, und weil überhaupt die Rechte wechselseitig sind, der Bestandinhaber also eben so dem Käufer die Bestandsache aufzukünden berechtiget seyn muß, als dieser sie jenem aufzukünden befugt ist. — Allein ich glaube, daß obige Frage auf eine etwas abweichende Art zu beantworten sey. — Richtig ist es, daß dem neuen Besitzer kein Recht gegen den Bestandinhaber zustehe, wenn ihm dasselbe nicht von dem früheren Besitzer übertragen worden ist, und ich bin in dieser Hinsicht sogar der Meinung, daß der neue Besitzer nicht immer zu fordern berechtiget sey, daß der Bestandinhaber die gehörige Aufkündzeit beobachte; und daß auch hiervon selbst der Fall keine Ausnahme mache, wenn der Bestandvertrag in die öffentlichen Bücher eingetragen ist, weil dadurch nur die Verbindlichkeit des Bestandgebers, nicht auch die des Bestandnehmers befestiget wird. — Allein durch die Veräußerung des Bestandstückes wird die Verbindlichkeit des Bestandinhabers im Allgemeinen nicht aufgehoben, sondern dauert gegen den eigentlichen Bestandgeber noch immerwährend fort. — Es kann daher auch nach der Hand dessen Recht auf den neuen Besitzer übertragen werden, auch kann der vorige Besitzer zu Gunsten des Neuen dem Bestandmann zur Erfüllung seiner gegen ihn übernommenen Verbindlichkeiten anhalten. — Der Grund der Wechselseitigkeit beweiset hier nichts, weil das Gesetzbuch diesen Grundsatz nirgends ausdrücklich aufgestellt hat, und auch das Recht des Bestandmannes durch die Veräußerung nicht gänzlich erlischt, sondern nur sein Recht auf Naturalleistung in eine Geldforderung gegen den Verpflichteten umgewandelt wird.

8) Ist das Recht auf die Sache dergestalt getheilt, daß Einem die Proprietät, dem Andern aber das Recht auf die Nutzungen (der Fruchtgenuß) zukömmt, so kann auch die Veräußerung der Proprietät der Sache in den Bestandverhältnissen des Fruchtnießers zu den Bestandinhabern keine Aenderung hervorbringen; denn der gegenwärtige §. setzt offenbar voraus, daß der Eigenthümer der Sache auch Herr der Nutzungen derselben sey. — Diese Bemerkung gründet sich sowohl in der Natur der Sache, als in den Worten des Gesetzes, daß der Bestandinhaber dem neuen Besitzer weichen, d. i. den ungehinderten Genuß des Bestandstückes überlassen müsse. — Die Anordnung des gegenwärtigen §. ist daher auf jenen Fall nicht anwendbar, wo der neue Besitzer in den Genuß des Bestandstückes gar nicht einzutreten hat. Dieses hat um so mehr dann zu gelten, wenn lediglich das Obereigenthum der Sache veräußert wird. — Etwas schwieriger erscheint jedoch die Beantwortung der Frage, ob in dem Falle, als der Fruchtnießer sein Recht des Fruchtgenusses an einen Andern veräußert, der Bestandinhaber dem zum Fruchtgenusse Berechtigten weichen müsse? — Vorausgesetzt, daß das übertragene Recht des Fruchtgenusses (in so weit es übertragbar ist §. 509 Nr. 2) in das öffentliche Buch eingetragen, und dadurch die rechtliche Uebergabe vollzogen ist, glaube ich gleichfalls, daß das persönliche Recht des Bestandinhabers dem dinglichen Rechte des neuen Fruchtnießers weichen müsse. — Ich habe schon oben bemerkt, daß der gegenwärtige §. den Umstand voraussetze, daß der Eigenthümer des Bestandstückes zugleich das Recht habe, die Nutzungen desselben zu beziehen, und daß derselbe keine Anwendung für den Fall habe, wenn das Recht auf die Sache dergestalt getheilt ist, daß dem Einen das ausschließende Recht auf die Proprietät, dem Andern aber ein solches auf die Nutzungen zukömmt. — Für den hier gesetzten Fall ist nun keine ausdrückliche gesetzliche Norm vorhanden; und es muß sohin nach der Vorschrift des §. 7 bey Beantwortung obiger Frage auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden, und diese sprechen offenbar obiger Beantwortung das Wort.

9) Ist aber der Bestandvertrag früher, als der Veräußerungsvertrag (durch Intabulation oder Pränotation, die aber in der Folge gerechtfertiget wird) in das öffentliche Buch eingetragen worden; so kann das Bestandgut nur mit der darauf haftenden Last übernommen werden (§. 443), und es ist in einem solchen Falle nicht einmahl der frühere Eigenthümer dem neueren Besitzer verantwortlich (§. 928).

§. 1121.

Bey einer nothwendigen, gerichtlichen Veräußerung muß der Bestandnehmer selbst in dem Falle, daß sein Recht als ein dingliches Recht eingetragen ist, dem neuen Käufer weichen. Nur in Rücksicht auf die Entschädigung bleibt ihm sein Vorzugsrecht vorbehalten.

1) Die oben Nr. 9 gemachte Bemerkung ist von jeder freywilligen (entgeldlichen) Veräußerung, sie mag eine außergerichtliche oder gerichtliche, das ist eine solche seyn, die mittelst einer von dem Eigenthümer oder dem Vertreter im Nahmen eines Minderjährigen oder Pflegebefohlenen, bewirkten Feilbiethung vor sich gegangen ist, zu verstehen. — Hievon macht jedoch eine nothwendige gerichtliche Veräußerung eine Ausnahme, unter welcher man eine solche versteht, die das Gericht entweder auf Anlangen eines Gläubigers im Wege der Execution, oder auf Anlangen des Vermögens-Verwalters in Ordnung eines über das Vermögen des Bestandgebers ausgebrochenen Concurses veranlaßt hat. — In diesem Falle muß der Bestandnehmer selbst dann, wenn sein Recht als ein dingliches eingetragen ist, dem neuen Käufer weichen, kann also selbst sein dingliches Recht gegen denselben nicht geltend machen. Als Grund dieser gesetzlichen Vorschrift führt Herr Hofrath v. Zeiller in seinem Commentare an, weil durch eine solche Last oft viele Kaufliebhaber von einem vortheilhafteren Anbothe abgehalten werden, und weil das Recht des Bestandnehmers gewöhnlich ein kurz dauerndes, und

kein so wichtiges Recht ist, als die Rechte der übrigen, besonders der früher eingetragenen Gläubiger.

2) Aus den Worten des Gesetzes, daß der Bestandnehmer dem neuen Käufer weichen müsse, könnte man sich zur Schlußfolgerung veranlaßt sehen, daß der Bestandvertrag durch den Veräußerungsact selbst aufgelöset werde, und es hierzu der Uebergabe in den rechtlichen Besitz nicht bedürfe. — Allein diese Folgerung wäre offenbar irrig; denn der §. 1120 stellt eine Regel auf, von welcher der gegenwärtige §. eine Ausnahme enthält. Nach der deutlichen Absicht des Gesetzgebers soll sich diese Ausnahme bloß auf den Punct der bücherlichen Eintragung des Bestandvertrages beschränken; nur hierin wollte er einen Unterschied zwischen dem Käufer, welcher das Bestandstück durch freyen Willen des Eigenthümers an sich gebracht hat, und demjenigen, der in Folge des dem Eigenthümer zugefügten rechtlichen Zwanges hierzu gelangt ist, festsetzen; in Ansehung der übrigen Bestimmungen des §. 1120 wurde nichts geändert.

3) Damit jedoch, im Falle einer nothwendigen gerichtlichen Veräußerung, die Wirkung des von dem Bestandnehmer durch die Eintragung in die öffentlichen Bücher erlangten dinglichen Rechtes nicht gänzlich vereitelt werde, bleibt ihm in Rücksicht auf die Entschädigung sein Vorzugsrecht vorbehalten. — Entschädigung kann nahmlich der Bestandnehmer von dem Bestandgeber in allen Fällen fordern, in welchen er dem neuen Besitzer weichen muß, sohin auch im Falle einer nothwendigen gerichtlichen Versteigerung, wenn auch sein Recht nicht in die öffentlichen Bücher eingetragen wäre. — Es ist also hier eben so viel, als ob sein Recht der Entschädigung auf das Bestandstück intabulirt wäre. — Die Wirkung hievon ist, daß der Bestandnehmer mit dem von ihm ausgewiesenen Entschädigungsbetrage von dem aus dem Verkaufe der Bestandsache erlösten Preise vor allen später eingetragenen Gläubigern des Bestandgebers, und um so mehr vor allen Gemeingläubigern befriediget werden muß.

4) Eine weitere Frage entsteht hier, worin eigentlich die Entschädigung zu bestehen habe? — Für den Fall einer freywilligen Veräußerung wurde diese Frage bereits bey Erläuterung

des vorigen §. Nr. 6 beantwortet. — Man könnte nun auf die Behauptung verfallen, daß hier das Nähmliche gelte, was dort gesagt worden ist. — Allein hier müssen die Regeln, welche das dreyßigste Hauptstück in Betreff der Entschädigung aufstellt, vor Augen gehalten werden. Nun sagt der §. 1324: „In dem Falle eines aus böser Absicht oder einer auffallenden Sorglosigkeit verursachten Schadens ist der Beschädigte volle Genugthuung, in den übrigen Fällen aber nur die eigentliche Schadloshaltung zu fordern berechtigt." — Nun ist eben bey Erläuterung des §. 1120 Nr. 6 bemerket worden, daß der Bestandgeber aus dem Grunde zur vollen Genugthuung verpflichtet ist, weil er die Vertragspflicht vorsätzlich (oder wenigstens, wenn er seine Verbindlichkeiten aus dem Bestandvertrage übersehen hätte, durch auffallende Sorglosigkeit) verletzet hat; es erscheint also auf ihn nur die Regel des §. 1324 in Anwendung gebracht. In dem Falle einer nothwendigen Veräußerung aber liegt immer ein Verschulden des Bestandgebers, oder wenigstens ein in seiner Person oder seinem Vermögen sich ereigneter Zufall zu Grunde, daraus ergibt sich wohl seine Verpflichtung zur Entschädigung im Allgemeinen, aber nicht die im §. 1120 bestimmte Art der Entschädigung insbesondere. — Der gegenwärtige §. sagt auch nicht, daß dem Bestandnehmer sein im §. 1120 bestimmtes Entschädigungsrecht, sondern, daß ihm in Rücksicht auf die (ihm nach dem Gesetze gebührende) Entschädigung sein Vorzugsrecht vorbehalten bleibe. — Nach der Vorschrift des §. 1324 kann aber der Bestandnehmer aus dem angeführten Grunde, nur die eigentliche Schadloshaltung, nicht auch die volle Genugthuung fordern. — Ich habe zwar Nr. 2 behauptet, daß der gegenwärtige §. nur in Beziehung auf den Punct der bücherlichen Eintragung eine Ausnahme festsetzen wollte, — die übrigen Bestimmungen dieses §. aber aufrecht bestehen, und es könnten mir daher Manche eine Inconsequenz zur Last legen. — Allein diese Nr. 2 gemachte Bemerkung kann nur von jenen Dispositionen des §. 1120 gelten, welche der Lehre von dem Bestandvertrage als solchem angehören; die Frage: welche Entschädigung der Bestandgeber dem Bestandnehmer für die Vereitelung seines Rechtes zu leisten habe,

ist aber lediglich nach den in dem dreyßigsten Hauptstücke aufgestellten Grundsätzen zu beantworten, und der Gesetzgeber hat diese Beantwortung in Beziehung auf den Fall, wenn der Eigenthümer des Bestandstückes dasselbe aus freyem Willen an Einen veräußerte, auch ausdrücklich mit offenbarer Anwendung des §. 1324 aufgenommen; — er konnte sohin nicht wollen, daß das Entschädigungsrecht des Bestandnehmers, in dem Falle, von welchem der gegenwärtige §. redet, nach einer anderen, als der im §. 1324 aufgestellten Regel beurtheilt werden sollte. — Es wird auch nicht behauptet, daß der gegenwärtige §. in Ansehung des Entschädigungsrechtes eine Ausnahme von der im §. 1120 enthaltenen Bestimmung machen wollte, sondern meine Behauptung geht nur dahin, daß der Gesetzgeber sowohl in dem §. 1120 als in dem gegenwärtigen §. die Anordnung des §. 1324 in Anwendung gebracht wissen wolle.

5) Dagegen ist die im §. 1120 vorkommende Bestimmung daß der Bestandinhaber nur nach der gehörigen Aufkündigung dem neuen Besitzer weichen müsse, eine solche, welche der Lehre über den Bestandvertrag, als solchem, angehöret; daher hat selbe auch für den Fall einer nothwendigen Veräußerung zu gelten.

6) In Bezug auf die Rechte des Bestandinhabers gelten hier die nähmlichen Grundsätze, welche bey Erläuterung des vorigen §. Nr. 7 aufgestellt worden sind. — Ist in den Licitationsbedingnissen der Beysatz enthalten, wie er öfters vorkömmt, daß der Ersteher die Sache eben so zu genießen berechtiget seyn solle, wie sie der frühere Eigenthümer selbst zu genießen berechtiget gewesen wäre, so sind die Rechte des früheren Eigenthümers gegen den Bestandinhaber als übertragen anzusehen. — Außerdem bleibt Letzterer lediglich gegen seinen eigentlichen Bestandgeber verpflichtet, und er kann nur mit Einwilligung des Letzteren von dem Bestandvertrage zurücktreten.

§. 1122.

II. Erbpacht.

Der Vertrag, wodurch Jemanden das Nutzeigenthum eines Gutes erblich unter der Bedingung

überlassen wird, daß er die jährlichen Nutzungen mit einer jährlichen, im Verhältnisse zu dem Ertrage bestimmten Abgabe im Gelde, in Früchten, oder auch in verhältnißmäßigen Diensten vergelten soll, heißt ein Erbpachtvertrag.

§. 1123.

III. Erbzinsvertrag.

Wird eine geringe Abgabe von dem Besitzer nur zur Anerkennung des Grundeigenthumes geleistet; so heißt der Grund ein Erbzinsgut, und der darüber errichtete Vertrag ein Erbzinsvertrag.

1) Mit dem Zeitpachte, welcher bisher in Verbindung mit der Miethe abgehandelt worden ist (§§. 1090 — 1121) kommt der Erbpacht und Erbzinsvertrag darin überein, daß man die Erzielung der Nutzungen aus Grundstücken gegen eine bestimmte Entrichtung einer Abgabe zur Absicht hat: sie unterscheiden sich jedoch in wesentlichen Merkmahlen, welche weiter unten näher werden erörtert werden.

2) Grundstücke, welche bereits gut bearbeitet sind, werfen bald nach ihrer Uebernahme einen Ertrag ab, der sich in einem gewissen Preise anschlagen, und dafür vertauschen oder verkaufen läßt (§. 1094). — Oede, verwüstete, unfruchtbare Gründe bedürfen anfänglich einer undankbaren, längeren, mühevolleren Cultur, bis man dafür gelohnet wird. — Andere Grundstücke halten zwischen beyden gleichsam die Mittelstraße; sie werfen sogleich einen Ertrag ab, der aber durch anhaltende Cultur, wozu der auf längere Zeit zugesicherte Besitz anspornt, noch sehr erhöht werden kann. Im ersten Falle fordert der Eigenthümer mit Recht sogleich ein beträchtliches, den bald einzuerntenden Nutzungen angemessenes Pachtgeld; er verleihet dem Pächter bloß ein zeitliches, nur zufällig innerhalb dieses Zeitraumes auf dessen Erben übergehendes, persönliches Recht, in der Hoffnung, den Pachtzins nach geendigtem Pachte den Zeitverhältnissen gemäß zu erhöhen. Im zweyten Falle kann der Uebernehmer zu solchen Bedingungen sich nicht einverstehen. — Man verwilligt ihm

daher ein unbeschränkteres, ein dingliches, ein Eigenthumsrecht, wovon wahrscheinlich erst die Erben einen lohnenden Nutzen ziehen, und begnüget sich mit einer geringen unveränderlichen Abgabe, in der Erwartung, daß die Grundstücke, gut cultivirt, nach längerer Zeit auf den Verleiher oder dessen Erben zurückkehren, und dann gegen einen erhöhten, angemessenen Pachtzins weiter verliehen werden können. — Der dritte Fall unterscheidet sich von dem zweyten nur in so weit, daß hier schon anfänglich eine beträchtlichere, mit den Nutzungen im Verhältnisse stehende Abgabe gefordert werden kann. — Aus diesen Bemerkungen, welche ich mir wörtlich aus dem Commentare des Herrn Hofrathes v. Zeiller zu entlehnen erlaube, lassen sich die Begriffe der vom Zeitpachte (§. 1091) verschiedenen Erbpacht- und Erbzinsverträge deutlicher einsehen.

3) Aus dem Gesagten läßt sich zugleich erkennen, daß diese Contracte seltener in jenen Zeiten und jenen Ländern vorkommen werden, in welchen die Cultivirung der Ländereyen bereits größere Fortschritte gemacht hat. — Daher kommen sie in der Vorzeit häufig, gegenwärtig aber, wenigstens in den Ländern, für welche das Gesetzbuch erlassen ist, viel seltener vor. — Im römischen Recht hat diese Art des Vertrages den Nahmen emphiteusis. Die Veranlassung und Geschichte der emphyteusis bey den Römern ist folgende. — Wenn sie ein Volk besiegten, so nahmen sie den Besiegten ein Stück ihres Landes ab, und theilten es entweder den Bürgern oder den Soldaten aus, oder machten es zu einer Staatsländerey (agro publico populi romani). Die schon angebauten Stücke dieser Länderey gaben sie auf einen beständigen Pacht, und ließen sich eine verhältnißmäßige Abgabe (vectigal) davon entrichten; die meisten Stellen gaben sie zur emphyteusi. — Die Kaiser, die Kirchen, die Städte ahmten diese Anstalt in den folgenden Zeiten nach, sie gaben auch wüste Stücke Landes zur emphyteusi. Endlich fingen auch Privatpersonen an, ihre Güter auf diese Weise auszuthun, und man nannte dergleichen Güter bona emphyteutica, auch vectigalia [1]).

1) Siehe Höpfners Commentar, 8 Auflage, S. 952.

4) Der Erbpacht und Erbzinsvertrag unterscheidet sich daher von dem zeitweisen Pachte wesentlich dadurch, daß bey dem letzteren bloß der Gebrauch der Sache, bey dem ersteren aber das Nutzeigenthum derselben überlassen wird, wodurch diese Verträge eine Eigenschaft mit dem Kaufvertrage gemein haben (§. 1053). — Nun ist aber auch ein Vertrag gedenkbar, worin Jemanden der bloße Gebrauch oder das Nutzungsrecht einer unverbrauchbaren Sache gegen Entrichtung eines bestimmten Pachtschillings auf immerwährende Zeiten erblich überlassen wird; ja nach dem preußischen Landrechte unterscheidet sich eben der Erbpachtvertrag von dem Erbzinsvertrage wesentlich dadurch, daß durch den ersteren dem Erbpächter nur das vollständige Nutzungsrecht[1]), durch den letzteren aber dem Erbzinsmann das nutzbare Eigenthum des überlassenen Grundstückes eingeräumt wird[2]). Es frägt sich daher, nach welchen Gesetzen in Oesterreich ein Vertrag zu beurtheilen seyn würde, wodurch Jemanden lediglich das Nutzungsrecht einer Sache erblich überlassen wird? — Da derjenige, welcher das Nutzungsrecht seiner Sache in der Art überläßt, daß es auch auf seine Erben übergehen solle, offenbar zur Absicht hat, zu Gunsten des Berechtigten und seiner Erben eine fortwährende, auf der Sache haftende Verbindlichkeit zu begründen, welche auf alle Besitzer derselben übergehen solle, weil der sich verpflichtende nicht fortwährender Besitzer der Sache seyn kann; so folgt, daß durch einen solchen Vertrag eigentlich die persönliche Servitut des Gebrauches oder der Nutznießung gegründet werden soll (§§. 472 u. 478). Solche persönliche Servituten hören aber in der Regel mit dem Tode des Berechtigten auf, und werden sie ausdrücklich auf die Erben ausgedehnt, was nach der Voraussetzung hier der Fall ist; so sind im Zweifel nur die ersten gesetzlichen Erben darunter verstanden (§. 529). Die Rechte des Erbpächters, wenn wir ihn so nennen wollen, sind daher in einem solchen Falle ganz nach den gesetzlichen Bestimmungen, welche

1) I. Th., 21 Tit., §. 137.
2) I. Th., 18 Tit., §. 683 u. f. w.

in Ansehung der Servitut des Gebrauches oder der Fruchtnießung in den §§. 504—529 festgestellt sind, zu beurtheilen.

5) Der Erbpacht- und Erbzinsvertrag, im gesetzlichen Sinne des Wortes, haben nach der Vorschrift des gegenwärtigen §. dieß mit einander gemein, daß in beyden Fällen Jemanden das Nutzeigenthum eines Gutes erblich unter der Bedingung überlassen wird, daß er jährlich eine bestimmte Abgabe, welche im Gelde, in Früchten, oder in Diensten bestehen kann, entrichte. — Sie unterscheiden sich aber von einander wieder darin, daß bey dem Erbpachte die bestimmte, jährlich von dem Erbpächter zu leistende Abgabe, als Entgeld für die überlassenen Nutzungen, — bey dem Erbzinsvertrage hingegen nur zur Anerkennung des Grundeigenthums gegeben wird. — Daraus wird sich die Erscheinung ergeben, daß bey dem ersteren Vertrage die bedungene Abgabe, da sie das Entgeld für die überlassenen Nutzungen seyn soll, in einem billigen Verhältnisse zu dem Ertrage des Gutes steht, wogegen selbe bey dem Erbzinsvertrage gewöhnlich außer allen Verhältnissen mit dem Ertrage des Gutes ist — Das wesentliche Unterscheidungsmerkmahl zwischen dem Erbpacht- und Erbzinsvertrage besteht also in der Bestimmung, welche die bedungene jährliche Abgabe hat; kommt daher in dem Vertrage ausdrücklich vor, daß diese Abgabe für die überlassenen Nutzungen entrichtet werde, so ist derselbe ein Erbpachtvertrag; kömmt aber darin vor, daß diese Abgabe zur Anerkennung des Obereigenthums geleistet werde, so ist er ein Erbzinsvertrag, und es ist in diesem Falle in keine weitere Untersuchung einzugehen, ob diese Abgabe zu dem jährlichen Ertrage wirklich in einem Verhältnisse stehe oder nicht.

§. 1124.

Im Zweifel, ob ein Nutzeigenthum ein Erbpachtgut oder ein Erbzinsgut sey, ist auf den Betrag des jährlichen Zinses, und andere Schuldigkeiten Rücksicht zu nehmen. — Steht dieser Betrag mit den jährlichen reinen Nutzungen außer allem

Verhältnisse, so ist das Nutzeigenthum ein Erbzinsgut; läßt sich aber wenigstens von alten Zeiten her und bey ganz öde übernommenen Gründen ein Verhältniß denken, so ist es ein Erbpachtgut (§. 359).

1) Läßt sich das eigentliche, ursprüngliche Vertragsverhältniß nicht mehr erheben, oder gibt der Vertrag selbst keine deutliche Auskunft, zu welchem Zwecke die jährliche Abgabe bedungen worden ist; so muß auf die im obigen §. Nr. 5. berührte Erscheinung Rücksicht genommen, und aus derselben der Schluß auf die Natur des Vertragsverhältnisses gezogen werden. — Es ist sohin der Betrag der jährlichen Abgabe zu erheben, und in so fern dieselbe nicht in barem Gelde, sondern in Früchten, Dienstleistungen oder anderen Schuldigkeiten bestehet, — ist der Werth derselben im Gelde anzuschlagen, und mit dem jährlichen Ertrage zu vergleichen. — Ergibt sich aus dieser Vergleichung, daß die Abgabe so hoch sey, daß sie als ein Entgeld für die jährlichen Nutzungen angesehen werden könne, so wird das Gut als ein Erbpachtgut angesehen; geht aber aus der Vergleichung das Resultat hervor, daß die Abgabe unverhältnißmäßig gering sey, so muß man annehmen, sie sey bloß zur Anerkennung des Grundeigenthumes bedungen worden, woraus sich dann weiters ergibt, daß das Gut für ein Erbzinsgut gehalten werden müsse.

2) Bey der Vergleichung des Betrages der jährlichen Abgabe mit dem Ertrage der jährlichen Nutzungen ist aber nicht so viel auf den Zeitpunct, wann die Erhebung wirklich vor sich geht, sondern so weit es thunlich ist, auf den des geschlossenen Vertrages selbst Rücksicht zu nehmen, weil nur von diesem Zeitpuncte aus auf die Absicht der Contrahenten mit Verläßlichkeit geschlossen werden kann. Wenn sich daher auch aus der Vergleichung der jährlichen Abgabe, mit dem gegenwärtigen Ertrage ergeben sollte, daß erstere zur letzteren in keinem Verhältnisse stehe; so ist doch nicht sogleich auf die Eigenschaft eines Erbzinsgutes der Schluß zu ziehen, sondern es ist darauf Bedacht zu nehmen, ob das Gut nicht erst in den Händen des Ueber-

nehmers zu dem höheren Ertrage gebracht worden ist; es muß daher, so weit die Auskünfte reichen, in die älteren Zeiten zurückgegangen werden, und wenn sich aus allen Umständen ergibt, daß der Betrag des jährlichen Zinses beym Ursprunge des Contractverhältnisses wahrscheinlich im Verhältnisse zu dem Ertrage gestanden sey, ist das Gut für ein Erbpachtgut zu halten.

3) Erbpacht- und Erbzinsrechte können zwar auch auf andere Art, als durch Vertrag, z. B. durch Verjährung (§§. 1467 u. f. f.) oder letzten Willen entspringen; allein durch die Annahme wird doch immer ein Vertragsverhältniß gegründet. Beyde Verträge können auch, so wie Verträge überhaupt (§. 833), schriftlich oder mündlich geschlossen werden. — Zur Realisirung eines solchen Vertrages ist es aber nothwendig, daß hierüber eine schriftliche Urkunde errichtet werde, weil ohne einer solchen die Einverleibung in die öffentlichen Bücher nicht geschehen kann (§. 434) und ohne Einverleibung das Nutzungseigenthum nicht erworben wird (§. 1126).

4) Beyde Verträge können auch, wie gleichfalls schon v. Zeiller bemerkte, nicht nur über Grundstücke, sondern auch über Gebäude, Mühlen, Fabriken und andere einer Verbesserung fähige Unternehmungen geschlossen werden. — Der vorhergehende §. 1123 redet zwar nur von einem Grunde, und es könnte daher den Anschein gewinnen, als ob bloß Grund und Boden der Gegenstand des Erbzinsvertrages seyn könnte. — Allein abgesehen davon, daß dem Gesetzgeber bey Feststellung dieser Anordnung das Gewöhnliche vor Augen schwebte, darf auch nicht übersehen werden, daß zu jedem Gebäude Grund und Boden gehörig ist, daß das Gesetzbuch §. 297 eigentlich diesen Grund und Boden als die wahre unbewegliche Sache, und die auf selbem aufgeführten Gebäude als Zugehör dieses Grund und Bodens ansieht; daher können durch den Ausdruck „Grund, Häuser und andere Gebäude" von den Gegenständen des Erbzinsvertrages nicht ausgeschlossen werden. — Daraus folgt von selbst, daß alles dasjenige, was in dem Gesetzbuche von Grundstücken hier gesagt wird, auch auf oben berührte Gegenstände anzuwenden sey. Ob das Zinsgut ein weltliches oder geistliches sey, macht nach unserem Gesetze, außer der allgemeinen Verschiedenheit (§§. 287 u. 290), hier keinen besondern Unterschied.

5) Das Gesetzbuch redet bey Feststellung der Begriffe vom Erbpacht und Erbzinsgute nur immer von dem Falle, als Jemand das Nutzeigenthum der Sache unter der Bedingung: daß hiervon eine jährliche bestimmte Abgabe geleistet werde, eingeräumt wird. — Es ist nun aber auch der Fall gedenkbar, daß Jemanden das vollständige Eigenthum eines Gutes unter einer gleichen Bedingung überlassen wird, und man kann daraus,

daß das Gesetzbuch von einem solchen Vertrage keine Erwähnung macht, nicht schließen, daß ein solcher Vertrag, wenn er auch ungewöhnlich seyn mag, gar nicht Statt habe. — Indessen entsteht doch hier die Frage, nach welchen gesetzlichen Bestimmungen ein solcher Vertrag zu beurtheilen wäre? — Da ein solcher Vertrag sehr große Aehnlichkeit mit dem Erbpachtvertrage hat, und sich von letzterem eigentlich nur dadurch unterscheidet, daß bey diesem nur das Nutzeigenthum an den Uebernehmer übergeht, das Obereigenthum aber bey dem Ueberträger verbleibt, während bey dem ersteren das vollständige Eigenthum der Sache an den Uebernehmer abgetreten wird; so werden auch alle jene Bestimmungen, die das Gesetz in Ansehung der Rechtsverhältnisse des Erbpächters gegen den Ueberträger festgesetzt hat, mit Ausnahme derjenigen, welche auf das getheilte Eigenthum Beziehung haben, hier zu gelten haben [1]).

§. 1125.

IV. Bodenzins.

Ist ein Eigenthum dergestalt getheilt, daß einem Theile die Substanz des Grundes sammt der Benützung der Unterfläche, dem andern Theile aber nur die Benützung der Oberfläche erblich gehöret; so heißt die jährliche von diesem letzteren Besitzer zu entrichtende Abgabe, Bodenzins.

1) Der Eingang des gegenwärtigen §. redet hier ausdrücklich von einem getheilten Eigenthume. — Da nun aber nach dem Begriffe, welchen das Gesetzbuch §. 357 vom getheilten Eigenthume aufstellt, sowohl dem Nutzungseigenthümer als dem Obereigenthümer ein Recht auf die Substanz zustehet; so kann der nachfolgende Satz, daß einem Theile die Substanz des Grundes sammt der Benützung der Unterfläche, dem anderen Theile aber nur die Benützung der Oberfläche erblich gehört, nicht dahin verstanden werden, daß dieser letztere gar keinen Antheil an der Substanz habe, sondern das Wörtchen „nur", welches für die hier verneinte Behauptung das Wort zu sprechen scheinet, darf hier nicht im Gegensatze des gesetzlichen Ausspruches, daß einem Theile die Substanz des Grundes gebühre, genommen, sondern muß lediglich auf den Nachsatz „sammt der Benützung der Unterfläche" beschränket werden, und zeiget somit nur an, daß dem anderen Theile kein Recht auf die Benützung der Unterfläche zukomme.

1) Von dieser Art „Zinsgütern" redet das preußische Landrecht ausdrücklich im I. Th., 18. Tit., §§. 313 — 319.

2) Das Bodenzinsrecht trifft mit dem Erbpacht- und Erbzinsrechte darin zusammen, daß es gegen Entrichtung einer jährlichen Abgabe ebenfalls ein erbliches Nutzeigenthum gewähret, unterscheidet sich aber von diesen hier erwähnten Rechten darin, daß sich dasselbe nicht über das ganze Gut erstreckt, sondern auf dessen Oberfläche einschränkt. — Die für dieses Recht zu entrichtende jährliche Abgabe, welche Bodenzins heißt, kann nun ebenfalls eine aus zweyen Bestimmungen haben; sie kann nähmlich als Entgeld für den aus der Benützung der Oberfläche sich ergebenden Ertrag, oder lediglich zur Anerkennung des Grundeigenthums von den Contrahenten festgesetzt werden. — Im ersteren Falle nähert sich das Bodenzinsrecht dem Erbpacht- — und im zweyten dem Erbzinsrechte; und es müssen daher, in so fern nicht die Eigenthümlichkeit des Bodenzinsrechtes eine Ausnahme macht, hier für den einen oder andern Fall auch die in Ansehung des Erbpacht oder Erbzinsrechtes geltenden gesetzlichen Bestimmungen Platz greifen.

3) Aus der bloßen Abführung eines fortdauernden Zinses kann man aber noch nicht auf die Theilung des Eigenthumes folgern (§. 360). Aus dieser Bemerkung ergibt sich, daß bey einem Gute, dessen Eigenthümer jährlich einen bestimmten Zins an Jemanden anderen entrichtet, in so lange das §. 1124 Nr. 5 erwähnte Vertragsverhältniß angenommen werden müsse, bis das Gegentheil nicht nachgewiesen werden kann. Ist aber das getheilte Eigenthum dargethan, so streitet die Vermuthung eher für ein Erbpacht- oder Erbzinsgut, als für ein Bodenzinsgut, weil bey dem letzteren die Freyheit des Besitzers am eingeschränktesten ist; und im Zweifel, ob das Gut ein Erbpacht- oder Erbzinsgut sey, muß für das erstere entschieden werden, da der §. 1124 sagt, daß, wenn sich über den Betrag des jährlichen Zinses und der jährlichen reinen Nutzungen wenigstens ein Verhältniß denken läßt, das Gut als ein Erbpachtgut anzusehen sey. — Es muß sich also, damit ein Gut als ein Erbzinsgut (im Gegensatze vom Erbpachtgute) angesehen werden kann, entweder ein Verhältniß zwischen der Abgabe und dem Ertrage gar nicht denken lassen, und in diesem Falle kann von keinem Zweifel die Rede seyn, weil ein Zweifel nur dann entstehen kann, wenn sowohl Gründe für das Eine oder Andere vorhanden sind, daher sich das Eine und Andere denken läßt; oder derjenige, der behauptet, es sey ein Erbzinsgut vorhanden, muß erweisen, daß die Abgabe lediglich zur Anerkennung des Grundeigenthums festgesetzt worden, oder daß wenigstens die Abgabe zu dem Erträgnisse, selbst, wenn man in die alten Zeiten zurückgehet, wirklich in keinem Verhältnisse stehe.

Erläuterung

des allgemeinen

bürgerlichen Gesetzbuches

für die

gesammten deutschen Länder

der

österreichischen Monarchie,

mit besonderer Berücksichtigung des practischen Bedürfnisses;

von

Franz Xaver J. F. Nippel,

k. k. mährisch-schlesischem Appellationsrathe, Ehrenbürger der k. k. Prov. Hauptstadt Grätz.

Siebenten Bandes zweyte Abtheilung;

enthaltend die §§. 1126 bis einschließig 1266.

Grätz, 1834.

Im Verlage bey Damian und Sorge.

Papier und Druck von den Gebrüdern
Georg und Carl Tanzer.

§. 1126.

Erwerbung des nutzbaren Eigenthums.

Das getheilte Eigenthum einer unbeweglichen Sache kann eben so wenig, als das vollständige ohne Einverleibung in die öffentlichen Bücher oder Register erworben werden. — Ein gültiger Titel gründet nur ein persönliches Recht gegen die verbundene Person, aber kein dingliches Recht gegen einen Dritten (§. 431).

1) Damit man von dem Inhalte des gegenwärtigen §. eine klare Ansicht gewinne, muß man die ursprüngliche Erwerbung eines getheilten Eigenthums von der abgeleiteten unterscheiden. Die ursprüngliche Erwerbung geschieht entweder durch Vertrag, letzten Willen, Verjährung und respect. Ersitzung, oder durch unmittelbar gesetzliche Verordnung (§§. 359 u. 1467). Denn ein getheiltes Eigenthum entsteht durch die Absonderung des Rechtes auf die Substanz von dem Rechte auf die Nutzungen; es setzt daher ein vollständiges und ungetheiltes Eigenthum voraus, welches erst durch diese Absonderung zu einem getheilten sich gestaltet. — Der Gegenstand, aus dem sich das Nutzeigenthum bildet, muß daher bereits in dem öffentlichen Buche, wohin er gehöret, eingetragen seyn, es geschieht daher in demselben eine Abschreibung; — für das gesonderte Nutzeigenthum wird aber in dem betreffenden Grundbuche ein eigenes Folium gewidmet, und in dasselbe die Realität mit einer kurzen Benennung und mit Berufung auf die im Urkundenbuche eingetragenen Documente, welche den Rechtstitel zu dieser Absonderung enthalten, eingetragen, und zugleich der Nahme desjenigen eingeschrieben, auf welchen das Nutzeigenthum der Sache übertragen worden ist. — So lange diese Grundbuchshandlung nicht vollzogen ist, gebührt dem Uebernehmer nur ein persönliches Recht gegen den Ueberträger, aber noch kein wirkliches Eigenthums-, sohin noch kein dingliches Recht.

2) Soll nun das Nutzeigenthum von dem ersten Erwerber wieder auf einen anderen übergehen, so muß gleichfalls die Ur-

kunde, welche über das Erwerbungsgeschäft errichtet wird, wieder in das öffentliche Buch eingetragen, und der neue Erwerber in der Rubrik des Besitzstandes als Eigenthümer angeschrieben werden. So lange diese Anschreibung nicht erfolgt ist, steht diesem nur ein persönliches Recht gegen den Ueberträger, keineswegs aber ein wirkliches Eigenthumsrecht zu.

§. 1127.

Gemeinschaftliche Rechte des Ober- und Nutzungseigenthümers.

Die Rechte des Ober- und Nutzungseigenthümers kommen überhaupt darin überein, daß ein jeder mit seinem Theile in so weit verfügen kann, als die Rechte des Andern dadurch nicht verletzet werden (§. 363).

§. 1128.

Einer wie der Andere ist berechtiget, seinen Antheil gerichtlich zu verfolgen, ihn zu verpfänden, und unter Lebenden oder durch eine letzte Willenserklärung zu veräußern. — Wer eine Einschränkung behauptet, muß solche durch die gehörigen Urkunden, durch so genannte Gewährbriefe oder Handfesten beweisen.

1) Aus dem gedachten Rechtsverhältnisse des getheilten Eigenthums (§. 1126) entspringen theils gemeinschaftliche, theils besondere Rechte des Obereigenthümers (§§. 1129 — 1138) und des Nutzungseigenthümers (§§. 1139 — 1150). Die ersteren ergeben sich aus dem gemeinschaftlichen Begriffe des Eigenthumes; doch dürfen sie, weil das Eigenthum zwischen dem Ober- und Nutzungseigenthümer getheilt, und durch den Vertrag beschränkt ist, nicht so weit ausgedehnt werden, daß dadurch das Recht des einen oder des andern Eigenthümers vereitelt, oder beeinträchtiget würde (§§. 362 u. 363).

2) Daher kann ein, wie der andere Eigenthümer nicht nur wider einen Dritten, sondern auch wider den Miteigenthümer sei-

nen Besitz schützen (§§. 327 u. 339 — 341), und sein Eigenthum mittelst der Eigenthumsklage verfolgen (§. 366); er kann sein unvollständiges Eigenthum zur Hypothek (§. 448 u. 1148) oder in Afterpacht und Afterzins geben, oder durch was immer für Handlungen unter Lebenden veräußern (§. 1140) oder auf seine Erben durch Testament, Codicill, Erbvertrag (§. 536) oder mittelst der gesetzlichen Erbfolge vererben (§§. 731 u. 761).

3) Wer den Abgang oder eine Einschränkung eines oder des andern dieser im Gesetze gegründeten Rechte (Nr. 2) behauptet, der muß sie vollständig, hauptsächlich aus den dazu geeigneten Urkunden, nähmlich den Gewährbriefen, die man an einigen Orten auch Handfesten zu nennen pflegt, erweisen. Die natürlichen Beschränkungen der obgedachten Rechte, damit ein und der andere Theil in seinem Antheile und Vertragsrechte nicht gefährdet werde, kommen nun in der Erörterung der besondern Rechte vor [1]).

§. 1129.

Besondere Rechte und Pflichten des Obereigenthümers.

Der Obereigenthümer ist insbesondere berechtiget, dem Nutzungseigenthümer nicht nur die Verringerung der Nutzungssache, sondern auch alle Veränderungen zu untersagen, wodurch die Ausübung seiner Rechte vereitelt, oder erschwert werden kann.

§. 1130.

1) In Rücksicht der Erhaltung, Bearbeitung und Veränderung des Gutes.

Er kann also verlangen, daß der Nutzungseigenthümer für die Erhaltung und Bestellung der Grundstücke Sorge trage. Vernachlässiget er, ungeachtet der geschehenen Warnung, die Erfüllung dieser Pflichten, oder ist er die auf dem Grunde haftenden Lasten zu tragen unfähig; so

23 *

1) Ich bin hier ganz dem Commentare des Hrn. Hofrathes v. Zeiller gefolgt, da sich zur Erläuterung dieses §. im Wesentlichen schwer etwas anderes sagen läßt.

kann der Obereigenthümer auf die Ueberlassung des Gutes an andere Erbpacht- oder Erbzinsmänner dringen.

1) Der Obereigenthümer kann, wie aus dem §. 1149 zu entnehmen, in die Lage kommen, das vollständige Eigenthum der Sache wieder zu erlangen; er hat das Recht Veränderungsgebühren zu beziehen (§. 1142), deren Größe von dem Werthe des nutzbaren Grundes abhängig ist; es muß ihm daher an der aufrechten Erhaltung desselben gelegen seyn. — Aus dieser Betrachtung ergibt sich die Vorschrift, daß der Obereigenthümer berechtiget sey, jede Verringerung der Nutzungssache zu untersagen, und zu verlangen, daß der Nutzungseigenthümer für die Erhaltung und Bestellung der Grundstücke Sorge trage. — Eine Ausnahme von dieser Regel kömmt §. 1143 vor.

2) Theils aus obigem Grunde, theils aus der Betrachtung, daß der Obereigenthümer einen Theil an dem Rechte auf der Substanz des Nutzgutes habe, ergibt sich die weitere Folge, daß derselbe dem Nutzungseigenthümer eine gänzliche Umstaltung der Sache, und überhaupt solche wichtige Veränderungen, wodurch der Substanz oder der Benützung ein fortdauernder, beträchtlicher Nachtheil verursachet, und der Nutzungseigenthümer zur Erfüllung seiner Pflichten außer Stand gesetzt würde, zu untersagen das Recht habe. — Umstaltungen einzelner Theile (z. B. eines Theils von dem Ackerlande in einen Wiesgrund, oder Obstgarten) oder Veränderungen zur fortwährenden besseren Cultur kann er nicht verhindern, weil dadurch die Ausübung weder erschwert, noch weniger vereitelt wird.

3) In Hinsicht der Bestellung ist zwar der Nutzungseigenthümer nicht verbunden, das Zinsgut unmittelbar selbst zu bestellen; doch muß er Sorge tragen, daß dieses von seinen Hausgenossen, dem Dienstgesinde, oder anderen fähigen Stellvertretern geschehe. Dazu kann der Obereigenthümer den nachlässigen Zinsmann (gerichtlich oder außergerichtlich) ermahnen, und wenn die Fruchtlosigkeit der Warnung ausgewiesen wird, darauf dringen, daß der Nutzungseigenthümer das Zinsgut (gegen Entgeld) einem anderen fähigen Erbpacht- oder Erbzinsmanne überlasse.

4) Eben dieses Recht steht dem Obereigenthümer, damit seine Rechte nicht vereitelt werden, auch dann zu, wenn ausgewiesen wird, daß der Zinsmann die dem Gute anklebenden, und ihm obliegenden Lasten nicht entrichte, und dazu wegen seiner, es sey durch Verschulden oder Unglücksfälle herabgekommenen Vermögens Umstände mit Erfolge nicht angehalten werden könne [1]).

§. 1131.

2) Des Erbzinses.

Das vorzüglichste Recht des Erbpacht- und Erbzinsherrn besteht in der Beziehung des jährlichen Zinses und anderer bedungenen Gebühren. Diese können unter keinem Vorwande erhöhet, von dem zum Grunde nicht gehörigen Fahrnissen aber, so wie von anderen beweglichen Sachen, gar nicht bezogen werden.

1) Die dem Obereigenthümer in dem vorigen §. eingeräumten Rechte haben nur die Verhinderung von Nachtheilen, nicht aber die Erreichung eines bestimmten Vortheiles zum Zwecke. Nur aus der Entrichtung des jährlichen Zinses und der übrigen bedungenen Gebühren, welche dem Erbpächter oder Erbzinsmanne obliegt, gehet dem Erbpacht- und Erbzinsherrn der eigentliche Vortheil zu, den er aus dem Obereigenthume bezieht. — Daß dieser Zins im Gelde, in Früchten oder Diensten bestehen könne, ist bereits §. 1122 gesagt worden.

2) Der Zinsherr darf jedoch aus dem Grunde, daß der Werth des Gutes und die Nutzung durch die Zeitumstände oder durch Zuwachs (§. 404) erhöhet worden ist, oder unter irgend einem anderen Vorwande weder den Zins erhöhen, noch die Art der Entrichtung eigenmächtig abändern (§. 1413). Bey einem Erbzinsgute leuchtet diese Behauptung von selbst ein, da der Zins nur zur Anerkennung des Grundeigenthumes geleistet wird, und daher mit den jährlichen Nutzungen des Grundes in keinem Ver-

1) Siehe Zeillers Commentar Nr. 5. u. 6.

hältnisse stehet. — Dagegen könnte aus der Erklärung, die das Gesetz §. 1122 vom Erbpachte gibt, vielleicht die Folgerung gezogen werden wollen, daß sich mit Erhöhung der jährlichen Nutzungen auch der Zins erhöhen könne; dieser Folgerung wird nun durch die ausdrückliche Vorschrift des gegenwärtigen §. vorgebeugt. — Für keinen Fall können die Gebühren, welche für die Benützung des unbeweglichen Gutes und des Zugehörs zu entrichten sind, auf andere bewegliche Sachen ausgedehnt werden.

3) Da vorgekommen ist, daß von vielen Obrigkeiten die Urbarial-Giebigkeiten der Unterthanen in klingender Münze abgenommen werden, wurde vermög Ministerial-Schreibens vom 26. März 1821 [1]) den Länder-Chefs bedeutet, daß die Obrigkeiten hierzu nicht berechtiget seyn, und anbefohlen: daß dieser das Gesetz und die Absicht der Staatsverwaltung hinsichtlich der Urbarial-Gaben auffallend verletzende Unfug sogleich abgeschafft werde.

4) In Ansehung der Entrichtung des Zinses von Erbpächtern und Roboth-Reluenten auf Staats- und öffentlichen Fondsgütern sind folgende Bestimmungen festgesetzt worden:

A) Die Entrichtung des in der höchsten Entschließung vom 17. April 1812 ausgesprochenen Laudemiums von 2 1/2 oder 5 von Hundert, dann des Erbpachtzinses und der Roboth-Reluition halb im Getreide und halb im Gelde, findet nur da Statt, wo diese Verbindlichkeiten in dem erwähnten Maße in den ursprünglichen Roboth-Abolitions-Contracten stipulirt sind. Wo hingegen der ursprüngliche Vertrag in Beziehung auf das Laudemium, den Erbpachtzins und die Roboth-Reluition etwas Anderes bestimmt, da ist sich strenge an den Inhalt des Vertrages zu halten.

B) Haben jedoch die Unterthanen auf einem Dominium vor dem Jahre 1784 entweder in einem interimistischen oder vollkommen abgeschlossenen Roboth-Abolitions-Contracte ein Laudemium, den Zins und die Roboth-Reluition entweder ganz oder zum Theile in Getreide übernommen, und ist nach Erfließung der höchsten Resolution vom 28. und 30. Juny 1784 von diesen ursprünglichen Stipulationen zu Gunsten der Unterthanen wieder abgewichen, und den Erbpächtern und Roboth-Reluenten das Lau-

1) Pol. G. S. 49 B. S. 50.

demium herabgesetzt, oder gänzlich nachgesehen, und ihrer Willkühr freygestellt worden, den Zins entweder im Gelde, oder in Getreide zu entrichten; so kommt zu unterscheiden, ob diese begünstigende Abweichung:

a. in dem Contexte eines späteren Contractes, oder in der Bestätigungs-Clausel desselben, oder

b. bloß in der aus Mißverstand der höchsten Entschließung vom 28. und 30. Juny 1784 entstandenen Beobachtung sich gründet.

In dem unter a) bemerkten beyden Fällen findet die höchste Entschließung vom 17. April 1812 keine Anwendung, d. h. hier können die wechselseitigen Rechte und Verbindlichkeiten zwischen Obrigkeit und Unterthan auf die ursprünglichen Verträge nicht zurückgeführt, folglich die Unterthanen zur Entrichtung des ursprünglich bedungenen Laudemiums und der Getreid-Schuldigkeit in so fern nicht verhalten werden, als sie hiervon entweder im Contexte des Contractes oder in der Bestätigungs-Clausel befreyt sind. — Wohl aber findet die Zurückführung dieser Verbindlichkeit auf die ursprünglichen Verträge in dem obenerwähnten Falle b) Statt.

C) Die Abrechnung des Lohnes für verrichtete Arbeit, oder sogenannte Aushülfstage von den contractmäßigen Schuldigkeiten der Unterthanen kann nur dort Platz greifen, wo dieselbe in dem Roboth-Abolitions-Vertrage ausdrücklich bedungen ist. — Wo die Unterthanen die sämmtlichen Schuldigkeiten bloß im Gelde entrichten, kann die Art der Abrechnung keinem Zweifel unterliegen. — Bey gemischten Schuldigkeiten, d. i. bey solchen, welche theils im Gelde, theils in Getreide entrichtet werden, sind die Lohnarbeiten in gleichem Verhältnisse sowohl von der Getreide- als Geldschuldigkeit, und wo alle Schuldigkeiten bloß in Getreid bestehen, von dieser zur Gänze abzurechnen.

Die Abrechnung des Arbeitslohnes von der Getreideschuldigkeit hat für den Fall, wenn die Contracte über die Art der Abrechnung nichts Bestimmtes enthalten, in der Art zu geschehen, daß bey Berechnung der unterthänigen Lohnarbeiten von der Natural-Zinsschuldigkeit erstere jederzeit nach den Normalpreisen, letztere hingegen in dem laufenden Marktpreise angeschlagen werden, das heißt, es wird der contractmäßig in Geld bestimmte

Erbpachtzins oder die Reluition, die z. B. bey einem Unterthan jährlich zwanzig Gulden ausmacht, zuerst nach dem normalmäßigen Preise zur Gänze oder zur Hälfte, je nachdem der Unterthan den ganzen oder halben Zins in Getreide zu entrichten hat, auf Getreide zurückgeführt, das Getreid-Quantum hierauf wieder zu Geld, jedoch nach dem currenten Marktpreise berechnet, und von diesem gesammten Geldbetrage erst der contractmäßig stipulirte Arbeitslohn abgezogen.

D) Haben die Unterthanen ihre eigentlichen Schuldigkeiten seit dem 1. November 1811 entweder

a. vollständig geleistet, oder

b. weniger, oder endlich

c. mehr entrichtet, so entfällt gegenwärtig im ersten Falle jede Ausgleichung von selbst.

Im zweyten Falle ist die Einhebung der liquiden Rückstände nur dann zulässig, wenn die Schuldigkeit von der Obrigkeit in Quali rechtmäßig gefordert wurde, die Unterthanen aber nur in Quanto der Abstattung zurück blieben.

Wo hingegen die Forderung der Obrigkeit durch irrige Auslegung der Contracte die eigentliche Schuldigkeit nicht erreichte, da ist über solche Fälle, wenn sie hier und da eintreten sollten, von den Behörden nach genauer Erörterung der Verhältnisse von Fall zu Fall, nach Maßgabe der Vorschriften, das Amt zu handeln. Was die der Eintreibung unterliegenden Rückstände betrifft, so ist darauf zu sehen, daß dem Unterthane, welcher entweder wegen eines im Zuge begriffenen Vergleiches oder Rekurses, oder aus Zahlungs-Unvermögenheit in diese Rückstände verfallen ist, zur Abtragung derselben angemessene Zahlungsfristen bewilliget werden, worüber die Landesstelle in jedem einzelnen Falle, mit Berücksichtigung aller Umstände, vorzüglich aber der Erhaltung des Unterthanes im steuerfähigen Stande, ihre Anträge zu machen haben wird. Im dritten Falle aber ist das ungebührlich Geleistete den Unterthanen zurückzustellen.

Auf die vor dem 1. November 1811 geschehenen Rückstände oder Ueberzahlungen hat die gegenwärtige Vorschrift keinen Bezug

E) Die bisher auf den Cameral- und Fondsgütern zu Stande gebrachten, und der k. k. allgemeinen Hofkammer zur Bestätigung vorgelegten Vergleiche sind, weil sie theils auf der bisherigen irrigen Voraussetzung einer, ohne Unterschied, eintretenden Verbindlichkeit der Unterthanen zur Entrichtung der Halbscheide ihres Zinses in Körnern beruhen, theils wegen der mittlerweile sich geänderten Steuerverhältnisse, zu reassumiren.

F) Wo der Inhalt des Roboth-Abolitions-Contractes über die wechselseitigen Rechte und Verbindlichkeiten zwischen Obrigkeit und Unterthan keinen befriedigenden Aufschluß gibt, wo es sich daher um die Auslegung des Contractes handelt, so wie auch, wenn sich in Betreff der erwähnten Schuldigkeiten der Erbpächter und Roboth-Reluenten was immer für Anstände ergeben, ist diese höchste Entschließung Sr. Majestät lediglich als eine obrigkeitliche Entscheidung in Ansehung der unter öffentlicher Verwaltung stehenden Staats- und Fondsgüter in Böhmen anzusehen, und hat im Falle dagegen vorkommender Beschwerden das vorschriftmäßige Verfahren nach Umständen entweder im politischen oder Rechtswege von den ordentlichen Behörden nach Vorschrift der Gesetze Staat zu finden [1]).

§. 1132.

Wann der Zins zu entrichten?

Der jährliche Zins muß, wenn nichts verabredet oder durch Provinzialgesetze bestimmt ist, in der ersten Hälfte des Monaths November abgeführet werden.

Bey Bestimmung dieser Zeitfrist wurde berücksichtiget, daß dem Landbearbeiter die Entrichtung des Zinses in der ersten Hälfte des Monaths November in der Regel am mindesten beschwerlich fällt.

---

1) Hofdec. vom 27. März 1820; J. G. S. N. 1655. Uebrigens hat diese höchste Entschließung auf Privat-Dominien keine Anwendung, und ist sich in Ansehung der dießfalls zwischen Dominien und Unterthanen entstehenden Streitigkeiten lediglich an die bestehenden allgemeinen Gesetze zu halten.

§. 1133.

Wann eine Erlassung Statt finde?

In der Regel haftet ein unvollständiger Eigenthümer dem andern nicht für den Zufall. Allein, wenn ein Erbpächter durch Ueberschwemmungen, Krieg oder Seuchen sein Pachtgut zu benützen verhindert worden ist; so muß demselben für die Zeit der vermißten Benützung ein angemessener Erlaß vom Zinse gestattet werden.

1) In Ansehung der Erlassung des Zinses macht das Gesetz zwischen einem Erbpacht- und Erbzinsgute einen Unterschied, der auch in der Natur der Sache gegründet ist. Bey einem Erbpachte ist der Zins als ein Entgeld für die von dem Obereigenthümer dem Nutzungs-Eigenthümer überlassenen Nutzungen anzusehen, und gleicht daher in dieser Hinsicht einem gewöhnlichen Pachtvertrage. — So wie es also bey diesem Falle gibt, wo der Pächter auf den gänzlichen oder theilweisen Erlaß des Bestandzinses Anspruch zu machen hat, so auch bey dem Erbpachte.

2) Die Fälle, in welchem der Erbpächter auf einen Erlaß einen Anspruch zu machen hat, sind Ueberschwemmungen, Krieg oder Seuchen, welche den Erbpächter sein Pachtgut zu benützen *verhindern*. — Eine bloße *Verkürzung* an der Benützung wäre also kein hinreichender Grund, einen Erlaß an Pachtzinse anzusprechen.

3) Der Nachlaß wird nach Maß der Zeit der gehemmten Benützung, und nach Maß des entzogenen gewöhnlichen Ertrages (§. 1105 Nr. 1) bestimmt. Ohne Zweifel kann diese gesetzliche Vorschrift durch Vertrag abgeändert, und dem Erbpächter alle Hoffnung eines Nachlasses benommen werden.

§. 1134.

Ein Erbzinsmann hat auf einen ähnlichen Erlaß keinen Anspruch; er muß, so lange ein Theil des Erbzinsgutes vorhanden ist, den festgesetzten Erbzins voll entrichten.

1) Bey dem Erbzinsvertrage ist der jährlich zu entrichtende Zins keineswegs als ein Entgeld für die überlassenen Nutzungen anzusehen, sondern wird lediglich zur Anerkennung des noch immer bestehenden Obereigenthumes bezahlt, und steht daher ohnehin gewöhnlich auch mit dem Ertrage des Zinsgutes in keinem Verhältnisse. — Der Entgang der Nutzungen kann daher als kein rechtmäßiger Grund angesehen werden, einen Nachlaß am Erbzinse in Anspruch zu nehmen. Darum muß, wie v. Zeiller bemerkt, auch ein in Früchten bedungener jährlicher Erbzins voll entrichtet werden, obschon die mißrathene Erzielung dazu nicht hinreichte.

2) Selbst der Fall, daß das Erbzinsgut, jedoch nur zum Theile, zu Grunde ginge, würde den Erbzinsmann noch nicht berechtigen einen Nachlaß am Zinse anzusprechen, weil demselben noch immer das Recht bleibt, den übrigen Theil des Erbzinsgutes seiner Beschaffenheit nach zu benützen. Im schlimmsten Falle ist er das Gut zu verlassen berechtigt.

§. 1135.

Recht bey verzögerter Entrichtung des Zinses.

Hat der Erbzinsmann den Zins in der bedungenen Zeit nicht abgeführt; so kann der Erbzinsherr verlangen, daß die Nutzung in Beschlag genommen, und er aus derselben schadlos gehalten werde.

§. 1136.

Ein Erbpachtherr hat in Ansehung des über Ein Jahr ausständigen Zinses die Wahl, entweder die Pfändung der Nutzungen, oder die gerichtliche Versteigerung des Erbpachtgutes zur Berichtigung der Rückstände zu verlangen.

1) Der Erbzins ist gleich nach Verlauf der Zeit, binnen welcher er entweder vermög Vertrag oder der Vorschrift des Gesetzes (§. 1132) hätte entrichtet werden sollen, executionsfähig,

d. h. er kann durch Zwang eingebracht werden. — Doch sind hier nicht alle rechtlichen Zwangsarten, welche in der Gerichtsordnung enthalten sind, und wovon in anderen Fällen dem Gläubiger die Wahl zusteht, hier zulässig; sondern es ist hier vielmehr nur Eine aus denselben, nähmlich die Einbringung des Rückstandes im Wege der Sequestration vorgeschrieben. Herr Hofrath v. Zeiller sagt bey Erläuterung des §. 1135, daß, wenn keine Hoffnung vorhanden wäre, auf solche Art zum Ziele zu gelangen, auf eine Veräußerung des Gutes angetragen werden könnte. Allein ich glaube, daß der §. 1130, auf den sich der verewigte Commentator zur Begründung seiner Meinung beruft, den Antrag zur Veräußerung des Gutes nur dann als statthaft erkläre, wenn sich zeiget, daß der Erbzinsmann auch die in der Folge erst entspringenden Lasten zu tragen unfähig sey; daß aber wegen eines bloßen Rückstandes auf die Veräußerung des Gutes selbst nie angetragen werden könne. — Indessen ist nicht zu bezweifeln, daß der fruchtlose Versuch, den Rückstand im Wege der Sequestration einzubringen, auch die Unfähigkeit des Nutzungseigenthümers, seiner Schuldigkeit in der Folge Genüge zu thun, in der Regel erweise.

2) Dagegen ist der Erbpachtzins nicht gleich nach Ablauf der Zeit, als er hätte entrichtet werden sollen, mit Zwang einzutreiben; sondern erst dann, wenn er Ein Jahr rückständig ist. Er fängt aber erst von der Zeit an rückständig zu werden, als er hätte bezahlt werden sollen. Ist also der Erbpachtzins jährlich bedungen, so kann die hier wahlweise bewilligte Execution erst nach Ablauf des zweyten Jahres verlangt werden. — Ich glaube sogar, daß diese Vorschrift des Gesetzes selbst in jenen Fällen in Anwendung zu bringen wäre, wo zwischen den Parteyen in dem Erbpachtvertrage etwas Anders bestimmt worden seyn sollte. — Denn die Bestimmung der Zeit und der Art und Weise der Execution hängt nicht von der Willkühr der Parteyen, sondern von der Vorschrift des Gesetzes ab. — Jeder, der zur Zahlung binnen einer bestimmten Zeitfrist sich verpflichtet, räumt dem Gläubiger schon stillschweigend das Recht ein, nach Verlauf der Zeit die verfallene Schuld mit Zwang einzutreiben; wenn daher das

Gesetz dessenungeachtet dem Gläubiger nur nach Verlauf eines bestimmten Zeitraumes das Recht der Executionsführung einräumet, so ist diese gesetzliche Anordnung von der Art, daß ihr der Wille der Parteyen nicht derogiren kann.

3) Dem Erbpachtherrn räumt das Gesetz ein doppeltes Executionsrecht ein; er kann nähmlich, so wie der Erbzinsherr, die Nutzungen mit Beschlag belegen, und sich daraus schadlos halten, oder er kann auch die gerichtliche Versteigerung des Erbpachtgutes verlangen, und den Rückstand von dem Kaufschillinge sich berichtigen lassen.

4) Das Begehren, daß die Nutzungen mit Sequestration belegt, und die eingehobenen Früchte entweder in Natur, oder nach der Veräußerung im Werthe zur Entrichtung des rückständigen Zinses verwendet werden, ist bey der competenten Behörde zu stellen. Diese ist aber nach Umständen entweder die politische Behörde, oder das ordentliche Civil-Justizgericht, je nachdem nähmlich zwischen dem Obereigenthümer und Nutzungseigenthümer ein Unterthans-Verband besteht oder nicht. — Denn die emphyteutischen Grundbesitzer sind nicht mittelst der Justizstellen, sondern mittelst der politischen Stellen zur Bezahlung ihrer jährlichen Giebigkeiten zu verhalten [1]). Es ist auch den Dominien nicht gestattet, von ihren Unterthanen über Urbarial-Rückstände sich Schuldbriefe ausstellen, oder auf was immer für eine Weise solche Rückstände auf die Realitäten der Unterthanen intabuliren oder pränotiren zu lassen, indem für die Urbarialien im politischen Wege eine eigene privilegirte Executionsordnung besteht, nach welcher sich ausschließend benommen werden muß [2]). Dieses gilt auch von den Gemeinden, wenn es sich um die Eintreibung ihrer Urbarial-Einkünfte, Grund- und Pachtzinsen, oder auch der Wustungssteuer und sonstigen Gemeinanlagen handelt [3]). Dagegen gehören Streitigkeiten zwischen Parteyen über Zinse und Dienste, bey welchen das Verhältniß von Grundobrigkeit und Grundunterthan nicht unterwaltet, auf keinen Fall vor die poli-

1) Hofdec. vom 17. März 1797; J. G. S. Nr. 345.
2) Hofkanzl. Dec. vom 15. Febr. 1821; P. G. S., 43 B., S. 22.
3) Hofdec. vom 21. July 1792; J. G. S. Nr. 31.

tischen Behörden, sondern sind von den ordentlichen Gerichtsstellen zu verhandeln und zu entscheiden [1]).

§. 1137.

3) In Rücksicht der Lasten und Verbesserungen.

Der Obereigenthümer ist verpflichtet, den Nutzungseigenthümer in Rücksicht des unmittelbar von ihm erhaltenen Nutzungseigenthumes zu vertreten, und wenn das Nutzungsrecht mit der Substanz wieder vereiniget wird, ihm oder seinem Nachfolger die getroffenen Verbesserungen wie einem anderen redlichen Besitzer zu vergüten, und für die Richtigkeit der öffentlichen Bücher und Register, die er über seine Zinsgüter führt, zu haften.

1) Dem Obereigenthümer kommen aus seinem Rechtsverhältnisse zu dem Erbpacht- oder Erbzinsmanne nicht bloß Rechte, sondern auch Pflichten zu. Er versichert ihm mittelst eines entgeldlichen Titels, da er sich Abgaben im Gelde, in Früchten oder in Diensten (§. 1122) bedingt, das Nutzungseigenthum des Zinsgutes und aller dazu gehörigen Stücke, und muß ihm auch nach der allgemeinen Vorschrift des §. 922 dafür Gewähr leisten. — Hieraus fließt zuerst die Verbindlichkeit den Zinsmann gegen alle ungewöhnliche und verborgen gewesene Ansprüche eines Dritten, sie mögen das Eigenthum, Dienstbarkeiten oder andere Rechte betreffen, zu sichern und zu vertreten (§. 923) [2]). Es ist jedoch nicht zu übersehen, daß das Gesetz hier von dem Falle spricht, als das Nutzungseigenthum unmittelbar von dem Obereigenthümer, welcher früher vollständiger Eigenthümer der Sache war, an den Nutzungseigenthümer überging; denn in dem Falle, als dasselbe von einem Nutzungseigenthümer an einen anderen übertragen wird, hat nur der unmittelbare Ueberträger die im gegenwärtigen §. berührte Vertretung zu leisten.

1) Hofdec. vom 21. July 1819; J. G. S. Nr. 1531.

2) Siehe v. Zeillers Commentar Nr. 1.

2) Ferner fließt hieraus, wie v. Zeiller bemerkt, die Verbindlichkeit, dem Zinsmanne den Besitz des Zinsgutes in dem Zustande zu verschaffen, in welchem es ihm kraft des öffentlichen Buches übergeben worden ist, dergestalt, daß der Zinsmann alle darin enthaltenen, oder mit der Natur des Nutzungseigenthumes verbundenen Rechte ungestört ausüben könne, und daß ihm keine anderen, als die darin verzeichneten, oder gewöhnlich damit verknüpften Lasten aufgebürdet werden.

3) In eben dem unverschlimmerten Zustande muß aber auch das Gut sammt Zugehör dem Obereigenthümer, im Falle der Vereinigung des Nutzungseigenthums (§. 1149), wieder zurückgestellt werden. Für gewöhnliche, eigentlich nur die Nutzung zeitweise — erhöhende, Culturkosten ist der Obereigenthümer keine Vergütung schuldig; wohl aber müssen dem Zinsmanne oder seinen Erben die auf die Substanz zur Erhaltung nothwendigen, oder fortdauernd nützlichen, verwendeten Kosten, gleich einem redlichen Besitzer (§. 331), vergütet werden.

§. 1138.

Für andere von dem Nutzungseigenthümer aufgebürdete und den öffentlichen Büchern nicht einverleibte Lasten haftet der Obereigenthümer nicht. — Der Nutzungseigenthümer kann überhaupt einem Anderen nicht mehr Recht übertragen, als er selbst hat. Das Recht des einen erlischt also mit dem Rechte des Andern.

1) Hat der Nutzungseigenthümer zur Erhaltung der Substanz oder zur Erzielung fortdauernder Nutzungen einen nothwendigen oder nützlichen Aufwand gemacht, und um diesen zu machen Darleihen contrahirt; so ist der Obereigenthümer verbunden diese Schulden, wenn sie auch auf dem Nutzungseigenthume nicht intabulirt sind, zur Zahlung zu übernehmen. (§. 1137). Für andere Schulden und Lasten, welche in den öffentlichen Büchern nicht einverleibt sind, hat in der Regel (§. 1149) der Obereigenthümer nicht zu haften.

2) Aus der Anordnung des Gesetzes, daß der Obereigenthümer für andere in den öffentlichen Büchern nicht einverleibte Lasten nicht zu haften habe, läßt sich e contrario schließen, daß er allerdings für solche Lasten, welche in den öffentlichen Büchern eingetragen sind, unbeschadet des Obereigenthums mit dem Nutzungseigenthume verantwortlich sey, und selbe übernehmen müsse. — Daß er die Pfandlasten der darauf intabulirten Schulden zu tragen habe, wird auch von dem Zeillerischen Commentare behauptet; dagegen aber bemerkt, daß andere Lasten, die der Nutzungseigenthümer seinem Rechte aufgebürdet hat, worunter beyspielsweise der Dienstbarkeitsrechten eine Erwähnung geschieht, mit dem Nutzungseigenthume erlöschen, daher in die Haftung des Obereigenthümers nicht übergehen, und zwar ohne Unterschied, ob derley Lasten in den öffentlichen Büchern eingetragen sind oder nicht. — Allein diese Behauptung muß einer Prüfung unterzogen werden, aus welcher sich eine andere Ueberzeugung ergeben dürfte. — Die Eingangsworte des gegenwärtigen §. rechtfertigen selbe offenbar nicht. — Denn der Schluß, der hieraus e contrario gezogen werden muß, ist, daß der Obereigenthümer für die den öffentlichen Büchern einverleibten Lasten hafte, ohne einen Unterschied zwischen den verschiedenen Arten der Lasten zu machen, die in den öffentlichen Büchern eingetragen seyn können. — Herr Hofrath v. Zeiller leitet diese Behauptung auch nur aus der letzteren Bemerkung des gegenwärtigen §. ab, indem er nähmlich anzunehmen scheint, daß die Wirkung des dem Nutzungseigenthümer zustehenden Rechtes nur in so lange fortdaure, als das Nutzungseigenthum selbst, daß daher auch die von dem Nutzungseigenthümer dem Nutzungseigenthume aufgebürdeten Lasten mit demselben erlöschen. — Allein aus dieser Ansicht mußte folgerichtig auch behauptet werden, daß auch die auf dem Nutzungseigenthume ruhenden Pfandlasten mit demselben aufhören, und der Obereigenthümer sie zu übernehmen nicht verpflichtet sey; — wo doch von ihm selbst das Gegentheil behauptet wird, und auch behauptet werden muß, weil man sonst annehmen müßte, daß der Obereigenthümer für gar keine grundbüchlich einverleibten Lasten hafte, mit welchen der Nutzungseigenthümer die Sache bebürdet

hat, was doch ganz gewiß gegen den Sinn des gegenwärtigen §. wäre. — Hätte dieses der Gesetzgeber gewollt, so würde er sich gewiß anders, und zwar ungefähr auf folgende Art ausgedrückt haben: „Für andere von dem Nutzungseigenthümer aufgebürdete, obgleich den öffentlichen Büchern einverleibte Lasten, haftet der Obereigenthümer nicht.“ Der §. 362 räumet dem Eigenthümer ein ganz freyes Verfügungsrecht über die ihm eigenthümliche Sache ein, und der folgende §. 363 sagt: „Eben diese Rechte genießen auch unvollständige, sowohl Ober- als Nutzungseigenthümer; nur darf der Eine nichts vornehmen, was mit dem Rechte des Andern im Widerspruche steht.“ Aus diesen beyden gesetzlichen Anordnungen folgt, daß der Obereigenthümer in denjenigen Fällen, wo ihm das Nutzungseigenthum zufällt, alle jene von dem Nutzungseigenthümer in Ansehung desselben getroffenen Verfügungen anerkennen müsse, welche der Nutzungseigenthümer ohne die Einwilligung des Obereigenthümers einzuholen berechtigt war, und daß er sohin auch solche Lasten, mit welchen das Nutzungseigenthum zu bebürden, demselben zugestanden ist, wie jeder andere Partikular-Nachfolger übernehmen müsse.

3) Es frägt sich aber nun: was der Gesetzgeber durch die Worte: „der Nutzungseigenthümer kann überhaupt einem Andern nicht mehr Recht übertragen, als er selbst hat,“ eigentlich sagen wollte? — Offenbar ist der hier gemachte Ausspruch eine Wiederhohlung desjenigen, was der Gesetzgeber bereits im §. 442 angeordnet hat; und will daher nur so viel sagen, daß der Nutzungseigenthümer solche Rechte, die er selbst nicht hatte, oder ein ausgedehnteres Recht, als ihm an der Sache zustand, weder an seinen Nachfolger, noch an jemanden Andern übertragen könne. — Er kann z. B. Niemanden Rechte auf das Gut einräumen, welche dem Obereigenthümer als solchen zustehen, weil ihm diese Rechte selbst nicht zukommen. — Hat der Obereigenthümer in dem Vertrage, worin er Jemanden das Nutzungseigenthum überlassen hat, dem letzteren ausdrücklich nur Rechte für eine bestimmte Dauer eingeräumt; so steht es ihm wohl frey diese Rechte an einen Dritten zu übertragen, allein das Recht des

Dritten erlischt mit dem Zeitpuncte, an welchem es erloschen seyn würde, wenn es an den Dritten nicht übertragen worden wäre.

§. 1139.

Rechte und Verbindlichkeiten des Nutzungseigenthümers überhaupt.

Die Rechte und Verbindlichkeiten des Nutzungseigenthümers stehen überhaupt mit den festgesetzten Verbindlichkeiten und Rechten des Obereigenthümers im Verhältnisse.

Rechte und Verbindlichkeiten stehen überhaupt in Wechselwirkung; so auch diejenigen, welche aus einem Vertrage und getheilten Eigenthume entspringen. Die bereits erklärten (§§. 1129 u. 1130) besonderen Rechte des Obereigenthümers ziehen Verbindlichkeiten des Nutzungseigenthümers nach sich. So gehet aus dem in §. 1130 erwähnten Rechte des Obereigenthümers die Verbindlichkeit des Nutzungseigenthümers hervor, für die Erhaltung und Bestellung der Grundstücke Sorge zu tragen; aus den in den §§. 1131 u. 1132 ausgesprochenen Befugnissen des Obereigenthümers die Verpflichtung des Nutzungseigenthümers den bedungenen Zins jährlich, und zwar in der Regel in der ersten Hälfte des Monaths November abzuführen; so wie umgekehrt aus den in den §§. 1133 u. 1134 ausgesprochenen Verpflichtungen des Obereigenthümers für den Nutzungseigenthümer das Recht entspringt, in den dort berührten Unglücksfällen einen verhältnißmäßigen Nachlaß an Erbpachtzins zu begehren u. s. w. Aus diesem Grunde fügt hier das Gesetzbuch noch einige besondere Verpflichtungen des Nutzungseigenthümers hinzu, welchen ganz natürlich auch wieder besondere Rechte des Obereigenthümers entgegen stehen.

§. 1140.

Insbesondere 1) in Rücksicht der Veräußerung.

Der Nutzungseigenthümer bedarf zur Veräußerung die Einwilligung des Obereigenthümers nicht; doch muß er ihm den Nachfolger zur Beurthei-

lung, ob derselbe dem Gute vorzustehen, und die darauf haftenden Lasten zu entrichten fähig sey, nahmhaft machen. Auf ein Vorkaufs- oder Einstandsrecht hat der Obereigenthümer keinen Anspruch.

1) Der Nutzungseigenthümer hat zwar das Recht, sein Nutzungseigenthum nach Belieben zu veräußern (§. 1128), und er hat hierzu keineswegs die Zustimmung des Obereigenthümers nothwendig. Indessen kann es doch auch dem Obereigenthümer nicht gleichgültig seyn, wer an dessen Stelle als Nutzungseigenthümer eintrete, indem er das Recht hat, darüber zu wachen, daß das Zinsgut gehörig bestellet, und die damit verbundenen Lasten von dem Zinsmanne erfüllet werden. — Wenn ihm nun in dieser Hinsicht der §. 1130 sogar das Recht einräumet, für den Fall, als der Zinsmann zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten unfähig ist, auf die Ueberlassung des Gutes an einen anderen Erbpacht- oder Erbzinsmann zu dringen; so ist ganz consequent, daß in Veräußerungsfällen der Erbpacht- oder Erbzinsmann verhalten werde, dem Obereigenthümer seinen Nachfolger zur Beurtheilung anzuzeigen, ob er die mit dem Besitze des Zinsgutes in Verbindung stehenden Leistungen gegen den Erbzinsherrn zu erfüllen fähig sey. — Hierbey versteht es sich von selbst, daß dem Obereigenthümer über die näheren Verhältnisse des Nachfolgers, welche zu dieser Beurtheilung nothwendig sind, Auskunft gegeben werden müsse.

2) Ueber diese im gegenwärtigen §. vorgeschriebene Nahmhaftmachung des Nachfolgers im Nutzeigenthume enthalten nachgefolgte Verordnungen nähere Bestimmungen. So verordnet das an das Appellations-Gericht in Tyrol und Vorarlberg am 17. September 1821 erlassene Justiz-Hofdecret, welches mit Hofdecret vom 1. März 1823 auch in dem Salzburger-Kreise zur Darnachachtung eingeführt, und dann auch in die officielle Justiz-Gesetzsammlung [1]) aufgenommen wurde, Folgendes: a) die Ge-

1) Nr. 1797.

richtsbehörden haben weder einen Veräußerungsvertrag über Realitäten vom getheilten Eigenthume (grundzinsbaren Gütern) zu protocolliren, noch einen solchen außeramtlich errichteten Vertrag zu dem Gerichtsprotocolle zu registriren, so lange ihnen die Erklärung des Obereigenthümers oder seines Beamten oder Verwalters, daß er gegen die Fähigkeit des Nachfolgers, dem Gute vorzustehen und die darauf haftenden Lasten zu entrichten, nichts einzuwenden habe, nicht beygebracht wird. b) Sollte ein Obereigenthümer oder sein Beamter oder Verwalter sich weigern, dem Nutzungseigenthümer auf sein Ansuchen diese Erklärung auszustellen; so stehet diesem frey, den Nachfolger dem Gerichte, in dessen Bezirke das zu veräußernde Gut liegt, anzuzeigen und zu bitten, daß er dem Obereigenthümer um seine Aeußerung gerichtlich bekannt gemacht werde. — Das Gericht hat dem Gesuche zu willfahren, und dem Obereigenthümer aufzutragen, er habe binnen dreyßig Tagen entweder seine Erklärung, daß er gegen den Nachfolger nichts einzuwenden habe, oder seine Einwendungen gegen denselben, bey eben diesem Gerichte so gewiß anzubringen, als er widrigens nicht mehr gehöret, und der Veräußerungsvertrag auf Anlangen der Vertragschließenden ohne weiters protocollirt werden würde. c) Sollte ein Obereigenthümer gegen den ihm nahmhaft gemachten Nachfolger Einwendungen anbringen; so hat das Gericht auf eine kurze Zeit eine Tagsatzung mit Vorladung beyder Theile anzuordnen, in derselben ihre Ansprüche zu Protocoll zu nehmen, die gütliche Abthuung der Sache zu versuchen, und wenn diese nicht Statt findet, seine Erledigung durch einen Bescheid zu ertheilen, gegen welchen der sich beschwert achtenden Partey der Weg des Recurses an das Appellationsgericht, und bey Verschiedenheit der Entscheidungen der ersten und zweyten Instanz auch an den obersten Gerichtshof, binnen der gesetzlichen Frist von vierzehn Tagen offen steht.

In Bezug auf diesen Gegenstand hat auch die allgemeine Hofkammer an die vereinte Gefällen-Verwaltung in Tyrol den Auftrag erlassen, die Rentämter anzuweisen, daß sie, wenn sie in solchen Fällen als Obereigenthümer um ihre Einwilligung angegangen werden, sich einzig auf die Beurtheilung zu beschränken

haben, ob der neue Käufer fähig sey, dem Gute vorzustehen, und die darauf haftenden Lasten zu entrichten; und daß allfällige Grundzins-Rückstände u. s. w. damit nicht in Verbindung zu setzen, und überhaupt bedingte Einwilligungen zur Veräußerung ganz zu beseitigen seyen [1]). Ein Grundsatz, den sich auch andere Obereigenthümer vor Augen zu halten haben.

3) Unter Veräußerung ist hier ohne Zweifel wegen des gleichen Grundes sowohl eine unentgeldliche als entgeldliche zu verstehen; nicht aber eine bloße Verpfändung, die, wie v. Zeiller bemerkt, nur selten eine Uebertragung des Eigenthums nach sich zieht. — Auf nothwendige Veräußerungen ist die Vorschrift des gegenwärtigen §. nicht anwendbar. — Daß es kein gesetzliches Vorkaufsrecht mehr gäbe, ist bereits bey Erläuterung des §. 1072 vorgekommen.

§. 1141.

Hat sich aber der Obereigenthümer diese Einwilligung und Rechte ausdrücklich vorbehalten; so muß er sich binnen dreyßig Tagen nach der ihm gemachten ordentlichen Anzeige erklären. Nach dieser Frist wird seine Einwilligung für ertheilt gehalten. Ohne Ausübung des Vorkaufs- oder Einstandrechtes kann er die Einwilligung nur wegen offenbarer Gefahr der Substanz und der damit verknüpften Rechte verweigern.

1) Wenn der Obereigenthümer sich das Recht der Einwilligung zur Veräußerung des Erbpacht- oder Erbzinsgutes ausdrücklich vorbehalten hat; so ist auch der Nutzungseigenthümer verpflichtet diese Einwilligung vor dem Veräußerungsacte einzuholen. — Hat er nun aber um dieselbe angesucht, so ist der Obereigenthümer verpflichtet, sich binnen dreyßig Tagen nach der ihm gemachten Anzeige zu erklären, ob er seine Einwilligung hierzu ertheile oder nicht. — Nach Verlauf dieser Frist ist sie für stillschweigend gegeben anzusehen; und eine erst nach dieser Frist abgegebene

[1]) Justizhofd. vom 8. Aug. 1826. Goutta's Ges. Sam. 17. B. S. 261.

verweigernde Erklärung wäre daher von keiner Wirkung mehr, und so anzusehen, als wenn die anfangs ertheilte Einwilligung in der Folge widerrufen worden wäre; ein solcher Widerruf kann aber nicht mehr zugestanden werden.

2) Ist nun aber binnen der vom Gesetze ertheilten Frist eine verweigernde Erklärung abgegeben worden; so kömmt es darauf an, ob sie aus einem rechtmäßigen Grunde abgegeben worden ist oder nicht. Ein rechtmäßiger Grund, die Einwilligung zu verweigern, ist aber dann vorhanden, a) wenn der angezeigte Nachfolger dem Gute nicht vorzustehen, oder die darauf haftenden Lasten zu entrichten unfähig wäre; denn in diesem Falle wäre der Obereigenthümer sogar berechtiget, die Veräußerung zu verweigern, wenn er sich auch seine Einwilligung zur Veräußerung nicht ausdrücklich vorbehalten hätte; er muß daher zu dieser Weigerung um so mehr berechtiget seyn, wenn er sich seine Einwilligung ausdrücklich vorbehalten hat; dann b) wenn durch diese Veräußerung die Substanz und die damit verknüpften Rechte einer offenbaren Gefahr ausgesetzt seyn würden, z. B. bey einer angetragenen Zerstückelung des Grundes unter mehrere gleichzeitige Nachfolger, wodurch die Behebung des Zinses, oder der Beweis des Obereigenthumes sehr erschweret würde, wie Herr Hofrath v. Zeiller in seinem Commentare bemerkt hat. — Bey dem Vorhandenseyn eines solchen rechtmäßigen Grundes kann der Obereigenthümer die Einwilligung unbedingt verweigern. — Wäre aber keine rechtmäßige Ursache, die Einwilligung zu verweigern, vorhanden; so könnte der Obereigenthümer den Veräußerungsact nur dann verhindern, wenn er sich zugleich anheischig machte, den um das Nutzeigenthum angebothenen Kaufpreis selbst zu entrichten, und sohin dasselbe für sich selbst einzulösen. — Denn der gegenwärtige §. sagt, daß der Obereigenthümer, welcher sich die Einwilligung vorbehalten hat, ohne Ausübung des Vorkaufs- oder Einstandrechtes die Einwilligung nur wegen offenbarer Gefahr der Substanz u. s. w. verweigern könne, woraus folgt, daß er diese Einwilligung für jeden Fall verweigern könne, wenn er das Vorkaufs- oder Einstandsrecht ausübet. Der Vorbehalt der Einwilligung schließt sohin stillschweigend den Vor-

behalt des Vorkaufs- oder Einstandsrechtes in sich. — Da übrigens der gegenwärtige §. von der Ausübung des Vorkaufs- oder Einstandsrechtes spricht, so folgt, daß sich dieses Recht der Einlösung nicht gerade auf den Fall beschränke, wenn der Nutzeigenthümer die Sache mittelst Kaufes zu veräußern anträgt, sondern sich dieses Recht auch auf alle übrigen, entgeldlichen oder unentgeldlichen Veräußerungsarten ausdehne. — Herr Hofrath v. Zeiller scheint zwar in seinem Commentare von der Ansicht auszugehen, daß der Obereigenthümer nur dann zur Ausübung des Vorkaufs- oder Einstandsrechtes berechtiget sey, wenn er sich dasselbe ausdrücklich vorbehalten hat, und daß sohin der bloße Vorbehalt der Einwilligung hierzu nicht genüge. — Allein aus dieser Auslegung würde sich ergeben, daß der Obereigenthümer, der die Einwilligung zur Veräußerung sich ausdrücklich vorbehalten hat, nicht nur vor demjenigen, der diesen ausdrücklichen Vorbehalt nicht gemacht hat, nichts voraus habe, sondern sogar in seinem Rechte gegen diesen mehr beschränkt sey. Denn bey dem Vorhandenseyn eines rechtmäßigen Grundes steht auch demjenigen, der seine Einwilligung nicht vorbehalten hat, das Recht zu, die angetragene Veräußerung zu verweigern, und dieser hat noch das voraus, daß er auf einen Termin, wenn ihm derselbe nicht vom Gerichte selbst festgesetzt worden ist [1]), gar nicht beschränkt ist.

3) In wieweit ist der Vorbehalt der Einwilligung oder des Einstandsrechtes für denjenigen, der das nutzbare Eigenthum an sich zu bringen sucht, von Wirksamkeit? — Da selbst in dem Falle, als der Vorbehalt der Einwilligung nicht gemacht worden wäre, der Nutzungseigenthümer zur Anzeige des Veräußerungsactes an den Obereigenthümer gehalten ist, und die Erklärung desselben, oder das gerichtliche Erkenntniß abwarten muß; — so ist jedem, der sich mit einem Nutzungseigenthümer in einen solchen Vertrag einläßt, schon aus dem Gesetze bekannt, daß zur Perfection des Vertrages die einstimmende Einwilligung des Obereigenthümers, oder das gerichtliche Erkenntniß, daß auch ohne diese der Veräußerungsact gültig vor sich

1) §. 1130. Nro. 2 lit. b.

gehen könne, erforderlich sey. — Es ist daher seine Sache, sich das eine oder andere vorlegen zu lassen. — Uebrigens kann ohnehin die Behörde, der das betreffende Grundbuch untersteht, die Anschreibung des Nachfolgers nicht früher bewilligen, bis nicht die einwilligende Erklärung des Obereigenthümers vorliegt, oder ausgewiesen ist, daß der Termin zur Abgabe derselben fruchtlos verlaufen, oder daß die abgegebene verweigernde Erklärung ohne Wirkung sey.

4) Das Verfahren dürfte hier, nach der Analogie des bey dem vorigen §. citirten Hofdecretes auf folgende Art eingerichtet werden: Wenn der Obereigenthümer binnen den vorgeschriebenen dreyßig Tagen die Erklärung nicht abgibt, hätte der Nutzungseigenthümer die Anzeige dieses Verhältnisses bey dem Gerichte, in dessen Bezirke das zu veräußernde Gut liegt, zu machen und zu bitten, daß ihm die Bewilligung zur Veräußerung ertheilt werden wolle. — Das Gericht hätte dann dieses Gesuch dem Obereigenthümer mit dem Auftrage mitzutheilen, sich binnen einer bestimmten Frist auszuweisen, daß er seine Erklärung in der gehörigen Zeit abgegeben habe, widrigens die Angabe des Nutzungseigenthümers, daß selbe nicht erfolgt sey, für wahr angenommen werden würde. — Wenn sich aus dem Stillschweigen des Obereigenthümers, oder aus dessen ausdrücklicher Erklärung ergibt, daß diese Erklärung binnen der gehörigen Zeit nicht erfolgt sey — hätte das Gericht die Vollziehung des Veräußerungsactes zu bewilligen. — In dem Falle aber, als binnen der gesetzlichen Frist eine verweigernde Erklärung abgegeben worden wäre, so wäre sich ganz nach der im §. 1140 Nr. 2 lit. c erwähnten Vorschrift zu benehmen. — Wäre das Gericht, unter welchem das Gut gelegen ist, in der Sache selbst befangen, so müßte um die Delegation eines anderen Gerichts zu diesem Acte bey dem Obergerichte angesucht werden.

5) Auf nothwendige Veräußerungen kann auch der ausdrückliche Vorbehalt der Einwilligung oder des Einstandsrechtes nur dann eine Wirkung äußern, wenn dieser Vorbehalt in den öffentlichen Büchern eingetragen ist.

§. 1142.

Die Abgabe, welche der Obereigenthümer zuweilen von einem neuen Nutzungseigenthümer zu fordern hat, heißt, wenn die Veränderung bey Lebzeiten geschieht, Lehenwaare (Laudemium), geschieht sie aber von Todeswegen, Sterbelehen. Beyde werden auch Veränderungsgebühren genannt. Ob und wie diese Rechte gegründet seyn, entscheidet die Landesverfassung, die öffentlichen Bücher und Urkunden, oder ein dreyßigjähriger ruhiger Besitz.

1) Der Ursprung der Veränderungsgebühren, welche so oft abgenommen zu werden pflegen, als das Nutzungseigenthum von einem Besitzer an den anderen übergeht, fällt in das zwölfte und dreyzehnte Jahrhundert. Das Recht hierzu gründet sich theils auf besondere Verträge, theils auf die factische, durch die längere Dauer der Ausübung geheiligte Gewalt, und galt ursprünglich als ein Entgeld für die grundherrliche Bewilligung der Abtretung des nutzbaren Grundes und der Annahme des neuen Nutzungseigenthümers. — Da jedoch heut zu Tage das Recht zur Abtretung schon im Gesetze, und nicht mehr in der Willkühr des Obereigenthümers gelegen ist; so haben die Veränderungsgebühren auch gegenwärtig ihre ursprüngliche Natur verändert, und sie scheinen nunmehr für die Einführung in den Besitz des Nutzungseigenthumes entrichtet zu werden [1]).

2) Die vorzüglichste Eintheilung der Veränderungsgebühren (Pfundgeld auch Freygeld) genannt, ist die, in Lehenwaare (Laudemium) und in Sterbelehen (Todten-Pfundgeld). Erstere wird entrichtet, wenn eine Veränderung im Besitze des Nutzeigenthumes unter Lebenden, z. B. durch Kauf, Tausch, Schenkung vorgeht; letztere, wenn sie durch den Tod des Nutzeigenthümers

1) Die Veränderungsgebühren in Oesterreich ob der Enns. Von Dr. Johann Heinrich Edlen von Kremer k. k. Hofkammer-Procurations Adjuncten. Wien 1822. Bey J. G. Ritter von Mosle's sel. Witwe. Dieses Werk wurde auch zur Grundlage der hier angeführten Bemerkungen genommen.

geschieht. — Alle Veränderungsgebühren kommen darin überein, daß sie in einem Theile des Werthes des Nutzeigenthumes bestehen, und daher in gewissen Percenten von dem Kaufpreise oder Schätzungswerthe des letzteren an den Obereigenthümer entrichtet werden.

3) Ob und in wie fern dem Obereigenthümer das Recht zustehe, Veränderungsgebühren zu beziehen, entscheidet, wie der gegenwärtige §. sagt, die Landesverfassung, die öffentlichen Bücher und Urkunden, oder ein dreyßigjähriger ruhiger Besitz. — Hierbey ist jedoch Folgendes zu bemerken: Das Recht zum Bezuge des Laudemiums muß sich, wie jedes andere, auf einen Rechtstitel gründen. Solche Rechtstitel sind: a) der Vertrag, b) der Ausspruch des Richters oder c) das Gesetz selbst. Die nächste Quelle, aus welcher der Rechtstitel zum Bezuge der Veränderungsgebühren abzuleiten kömmt, ist in den Urkunden gelegen, welche über das zum Grunde liegende Vertragsverhältniß errichtet worden sind. — Wenn das Freygeld-Bezugsrecht von dem Obereigenthümer behauptet, dagegen von dem Nutzungseigenthümer widersprochen wird, und dieser Streit dann auf dem vom Gesetze vorgezeichneten Wege durch den competenten Richter zu Gunsten des ersteren entschieden wird; so bildet dieser richterliche Ausspruch auch in Ansehung des Freygeld-Bezugsrechtes einen geeigneten Rechtstitel. — Der Titel, welchen das Gesetz gibt, liegt entweder in der Landesverfassung, oder in der Ersitzung. Unter der Landesverfassung kann aber nur entweder: a) der Inbegriff der den Ständen des Landes von jedem Regenten ausdrücklich oder stillschweigend verliehenen oder bestätigten Privilegien und Rechte, oder b) der Inbegriff der für eine bestimmte Provinz besonders kund gemachten und bestehenden Gesetze verstanden werden. — Die Ersitzung gehört zwar in der Regel zu den Erwerbungsarten (§. 1452); da es aber bey der Ersitzung nicht immer nothwendig ist, einen besonderen Rechtstitel auszuweisen (§. 1477), und doch jeder Erwerb eines Rechtes einen Rechtstitel voraussetzt; ja, da selbst in denjenigen Ersitzungsfällen, wo ein Rechtstitel überhaupt nachgewiesen werden muß, derselbe an und für sich als kein tauglicher Rechtsgrund zur Erwerbung des ersesse-

nen Rechtes angesehen werden kann, sondern erst durch den Verlauf der Ersitzungszeit die Tauglichkeit hierzu erhält: so ist die Ersitzung nicht allein als Erwerbungsart, sondern zugleich als Rechtstitel bey Erwerbung eines Rechtes anzusehen [1]).

4) Da aber zur Erwerbung eines Rechtes der bloße Titel nicht hinreicht, sondern auch eine Erwerbungsart erfordert wird, so gilt dieß auch von der Erwerbung des Rechtes, ein Freygeld zu beziehen. — Nach den Bestimmungen dieses §. wird nun die Erwerbungsart des Freygelds-Bezugsrechtes a) durch die Ersitzung, und b) durch die öffentlichen Bücher und Urkunden nachgewiesen. Die Haupt-Momente einer jeden Ersitzung, also auch jener des Freygeld-Bezugsrechtes sind: 1) der Besitz und 2) die Zeit, durch welche dieser Besitz unbestritten fortgesetzt worden ist. Der Obereigenthümer setzt sich nach §. 313 in den Bezug des Freygeld-Bezugsrechtes, wenn er von dem Nutzungseigenthümer bey einem Veränderungsfalle die Entrichtung des Freygeldes fordert, und dieser das Freygeld entrichtet. Von diesem Momente der Forderung und Leistung angefangen, ist der Wille, das Recht zu besitzen (animus possidendi) von der einen Seite, dann die Anerkennung der der Forderung entsprechenden Pflicht von der anderen Seite erkennbar, und fängt, unter Voraussetzung der übrigen Qualification des Besitzes (§§. 1461 — 1464), die Ersitzung zu laufen an. Doch genügt ein einzelner Veränderungsfall und die hierbey geleistete Zahlung des Freygeldes keineswegs, um das Recht bereits für ersessen zu erklären, sondern bey Rechten, welche selten ausgeübt werden können, muß derjenige, welcher die Ersitzung behauptet, nebst einem Verlaufe von dreyßig Jahren zugleich erweisen, daß der Fall zur Ausübung binnen dieser Zeit wenigstens drey Mahl sich ergeben, und er jedes Mahl dieses Recht ausgeübt habe (§. 1471). Den zur Ersitzung nöthigen Verlauf der Zeit anbelangend, so wurde nach der früheren Gesetzgebung ein Termin von zweyunddreyßig Jahren als nothwendig ausgesprochen; doch

1) Diese Ansicht kann jedoch erst näher bey der Lehre von der Verjährung und Ersitzung auseinandergesetzt werden. Daß die Ersitzung nicht allein Erwerbungsart, sondern auch Rechtstitel sey, gehet auch aus dem §. 480 hervor.

nach dem §. 1471 mit Rücksicht auf die §§. 1466 — 1470 ist die ordentliche Ersitzungszeit von dem Zeitpuncte angefangen, an welchem das a. b. G. B. in Wirksamkeit trat, auf den Verlauf von dreyßig Jahren, gegen Gemeinden, Kirchen und andere dergleichen erlaubte Körper von vierzig Jahren bedingt (§. 1472). Nur in dem Falle, als das Freygeld-Bezugsrecht in den öffentlichen Büchern eingetragen ist, wird das volle Recht gegen allen Widerspruch durch Verlauf von drey Jahren ersessen.

5) Unter den öffentlichen Büchern, deren der gegenwärtige §. erwähnt, nehmen die Grundbücher die erste Stelle ein, da es ihre Bestimmung ist, über die auf einem Gute haftenden Lasten rechtliche Gewißheit zu verschaffen. — In so ferne nun, wie es gesetzlich angeordnet ist', das Grundbuch mit Zuziehung der Nutzungseigenthümer zu Stande kam, und die Conceptbögen, d. i. die mit jedem einzelnen Nutzungseigenthümer aufgenommenen Protocolle, in welchen dieser durch seine Unterschrift bestätiget, jene Schuldigkeit für richtig anzuerkennen, welche in das neu zu verlegende Grundbuch, als auf seiner Realität haftend, eingetragen werden sollen, ordentlich gefertigt vorliegen, erscheinen die Grundbücher auch in Bezug auf die von dem Nutzungseigenthümer gegen den Obereigenthümer zu entrichtenden Schuldigkeiten als öffentliche, vollen Glauben verdienende Urkunden, und dienen zum Beweise der rechtlichen Erwerbungsart des Freygelds-Bezugsrechtes. — Dieses gilt auch von den Urbarien, Stockurbarien und dergleichen vor Einführung der ordentlichen Grundbücher von den Dominien über ihre unterthänigen Realitäten geführten Büchern, in so fern diese Bücher mit Einfluß der Unterthanen zu Stande gekommen, und selbe mit ihrer Unterschrift versehen sind [1]). Außer diesem Falle beweisen aber solche Urbarien und andere dergleichen Bücher als scriptura propria nur gegen, niemahls aber für den Obereigenthümer. Eben so sind das Gültbuch und der Cataster als keine solche öffentlichen Urkunden und Bücher zu erkennen, aus welchen zu Gunsten eines Obereigenthümers das Freygeld-Bezugsrecht erwiesen werden könnte, indem sie nicht zum Behufe des Beweises der unterthänigen

1) Hofdec. vom 4. Sept. 1786. Nr. 579.

Schuldigkeiten verfaßt, auf der Grundlage der eigenen Bekenntnisse der Dominien beruhen, welche ohne Zuziehung, ohne Wissen und Anerkennung der Unterthanen eingelegt worden sind.

6) Durch das Nebenwort „zuweilen," dessen sich der gegenwärtige §. bedient, wird angedeutet, daß das Recht zum Bezuge des Freygeldes nicht schon in dem Begriffe eines Grundobereigenthums nothwendig und untrennbar gelegen sey, sondern daß es allerdings auch Grundobereigenthümer gebe, welchen dieses Recht nicht zusteht. — Daraus folgt nun aber auch, daß aus dem Rechte, ein Freygeld bey Veränderungsfällen von bestimmten Grundstücken zu beziehen, nicht mit Nothwendigkeit auf den Besitz des Obereigenthums geschlossen werden müsse; denn fürs erste stellt sich der Vertrag nicht unerlaubt dar, daß Jemand bey Veräußerung eines Grundstückes, über welches ihm das vollständige Eigenthumsrecht zusteht, sich eine solche Abgabe in Veränderungsfällen ausbedinge, ohne sich übrigens das Obereigenthum über das veräußerte Grundstück vorzubehalten; dabey tritt noch der Umstand hinzu, daß in früheren Zeiten die verschuldeten Grundherren ihren Gläubigern oft einzelne Rechte und Einkünfte ihrer Herrschaft zum Pfande gegeben, dieses nicht mehr einlösten, oder ihnen solches wohl auf Abschlag der Schuld in das Eigenthum abtraten, sich auch oft einzelne Obereigenthümer hierdurch den Schutz von einem benachbarten mächtigeren Herrschaftsbesitzer erkauften.

7) Zufolge der politischen Vorschriften darf das Freygeld in jedem Veränderungsfalle nur Ein Mahl bezogen werden. In der Vorzeit, wo die Leibeigenschaft noch an der Tagesordnung, und das Nutzungseigenthum dem Begriffe nach noch nicht systematisch sicher gestellt war, bezogen die Grundherren sowohl von dem abtretenden, als von dem in Besitz eintretenden Nutzungseigenthümer das Freygeld, und zwar im ersteren Falle unter dem Titel der Abfahrt, im letzteren unter der Benennung Auffahrt. — Nachdem aber dieser doppelte Bezug des Freygeldes abgestellt wurde, verordnete das Hofdecret vom 22. Sept. 1785 hierüber, daß solches, entweder von dem Käufer oder Verkäufer, worüber sich beyde Theile einzuverstehen haben, zu entrichten sey. Der

gegenwärtige §. stellt dagegen die Regel auf, daß die Veränderungsgebühr von dem neuen Nutzungseigenthümer zu entrichten sey. Diese Regel hindert jedoch nicht, daß auch mittelst einer besonderen Uebereinkunft die Pflicht, das Freygeld zu entrichten, von dem abtretenden Nutzungseigenthümer, oder von wem immer übernommen und erfüllet werde; sie hat nur dann zu gelten, wenn eine besondere Verabredung hierüber nicht getroffen worden ist.

8) Aus dem Gesagten geht dann die weitere Folge hervor, daß nur der zum wirklichen rechtlichen Besitze des zu verfreyenden Vermögens gelangende Nutzungseigenthümer die Pflicht hierzu haben könne; dagegen derjenige, der den rechtlichen Besitz und rücksichtlich das Nutzeigenthum nicht wirklich erlanget, z. B. der bloß physische Besitzer, das Freygeld, welches durch die wirkliche Eigenthums-Uebertragung bedingt ist, zu entrichten, keineswegs verpflichtet werden könne. — Nach diesem Grundsatze wurde in Folge Allerhöchster Entschließungen vom 5. April und 14. Juny 1824, aus Anlaß eines vorgekommenen einzelnen Falles verordnet: „Daß bey Güter-Lotterien eine Besitzveränderungs-Gebühr oder Taxe, sie möge Laudemium, Lehenwaare, Pfundgeld oder sonst wie immer heißen, ungeachtet der Verbücherung des Spielplanes in jenem Falle nicht Statt zu finden habe, wenn die Ziehung gar nicht vor sich geht, oder wenn der Gewinnende, statt des gewonnenen Gutes, den im Spielplane angebothenen Abfindungsbetrag vorwählt, oder endlich, wenn der die Realität mit sich führende Treffer auf ein Loos fällt, welches zur Zeit der Ziehung ein Eigenthum des bisherigen Besitzers des Gutes ist, folglich keine Besitzveränderung eingetreten ist [1])."

9) Die zur Entrichtung des Freygeldes Verpflichteten sind entweder physische oder moralische Personen, je nachdem nähmlich ein einzelnes Individuum ein zu verfreyendes Vermögen an sich bringt, oder mehrere Personen zusammen genommen, die sich zu einem gemeinschaftlichen Entzwecke vereiniget haben [2]). In so fern mehrere physische Personen zusammen,

1) Hofdec. vom 14. Aug. 1829, Nr. 2030; J. G. S.

2) Ueber den Begriff einer moralischen Person herrschen verschiedene Meinungen, die zum Theile erst nach Erscheinung des ersten Theils meines Commentars

ein zu verfreyendes Vermögen besitzen, in welchem Falle daher jeder Theilnehmer vollständiger Eigenthümer seines Antheiles, und daher zur Veräußerung desselben berechtiget ist, ist in jedem Falle, wo ein Theilhaber seinen Antheil veräußert, in Bezug auf diesen Antheil von dem neuen Besitzer das Freygeld zu entrichten. — Ist eine Gesellschaft zu einem fortdauernden Zwecke errichtet, so kommt die Gesellschaft nur als Ganzes, nicht die einzelnen Mitglieder, in eine Betrachtung, welche sich durch den Austritt einzelner Mitglieder immer wieder durch andere ergänzt, und bey welcher auf einem Veränderungsfalle nicht zu rechnen ist, und so wird gewöhnlich in dem Falle, als eine solche moralische Person ein solches Vermögen an sich bringt, im Wege einer gütlichen Verhandlung die Ausgleichung dahin getroffen, daß von der Gesellschaft oder moralischen Person ein Nahmensträger aus ihrer Mitte gewählet, und als solcher an das freygeldpflichtige Gut an die Gewähr geschrieben wird, durch dessen Tod sodann die Pflicht zur Entrichtung des Freygeldes bedingt ist, oder es wird vertragsmäßig bestimmt, nach Verlauf welcher Zeit das unbewegliche, einer moralischen Person angehörige Gut neuerlich verfreyt, und die Gewähr wieder genommen werden soll. Für Oesterreich unter der Enns besteht in dieser Hinsicht das Gesetz [2]), daß in der Regel für moralische Personen die Pflicht, das unterthänige Vermögen zu verfreyen, alle zehn Jahre neuerlich auflebe. Dagegen sagt das für das Innviertel erflossene Patent vom 30. Juny 1781, mit welchem die Verwandlung der Leibgedinge in Erbrechte anbefohlen wurde: „daß, weil man insgemein in zwanzig Jahren einen Fall rechnet, dem Käufer für jedes Jahr, so lange er das dominium utile oder nutzbare Eigenthum genossen hat, 1/20 des Leibgeldes für die Grundherrschaft abzuziehen gestattet seyn soll."

10) Das Gesetzbuch enthält über die Frage, ob der fundus instructus der Verfreyungspflicht unterliege oder nicht? kei-

zur Sprache gebracht worden sind. Es würde zu weit führen, diese Begriffs-Feststellung hier einer Revision zu unterziehen; ich muß mir daher vorbehalten, das in den Nachträgen zu thun, welche ich meinen Erläuterungen nachfolgen zu lassen gedenke.

2) Tract. de jur. incorp. IV. Tit. 19. §.

ne nähere Bestimmung, sondern es beruft sich rücksichtlich der Veränderungsgebühren überhaupt auf die Landesverfassung und den erwiesenen Besitzstand. — Der Grund der bejahenden Behauptung liegt darin, daß das bürgerliche Gesetzbuch in den §§. 293 — 297 alle jene bewegliche Sachen, welche das Zugehör einer unbeweglichen Sache ausmachen, unter welche besonders der fundus instructus gehöret, gleichfalls als unbewegliche Sache, und gleichsam als einen integrirenden Bestandtheil desjenigen Gutes erkläret, bey welchem sich derselbe befindet. — Allein über die Modalitäten des Freygeldsbezuges enthalten nicht die Justiz-, sondern die politischen Gesetze die näher bezeichnenden Normen, und man kann nicht behaupten, daß aus den Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches, zufolge welchen der fundus instructus zum unbeweglichen Gute gerechnet wird, auch schon die Verpflichtung, hiervon auch ein Freygeld zu entrichten, resultire, sondern hierüber entscheidet bloß die Landesverfassung, und die für jede einzelne Provinz in dieser Beziehung erlassenen politischen Verordnungen, welche durch das Kundmachungspatent, womit das bürgerliche Gesetzbuch ins Leben eingeführt wurde, ausdrücklich aufrecht erhalten worden sind.

11) Ein Gleiches muß auch in Ansehung der auf einem Hause haftenden, radizirten Gewerbsgerechtigkeiten behauptet werden; obgleich solche Gewerbe in der Hausgewähr mitenthalten sind, einen wahren Theil des Hauses ausmachen, und als Zugehör in dem Grundbuche eingetragen erscheinen. Denn das Gewerbsverleihungsrecht ist nach strengem Rechte niemahls ein Ausflußrecht des Obereigenthums gewesen; es kann sich auch in Bezug auf diese Gerechtigkeiten kein Obereigenthum angemaßet werden.

12) Es geschieht oft, daß der Obereigenthümer eines Grundes einer dritten Person gestattet, die Unterfläche des Grundes durch Grabung eines Kellers zu benützen; es frägt sich nun in einem solchen Falle, ob der Obereigenthümer selbst in den Veränderungsfällen des Kellerbesitzers von dem Werthe des Kellers das Freygeld zu beziehen berechtiget sey? — Das Recht des Nutzeigenthümers, mit Ausnahme des Bodenzinsmannes, beschränkt sich nicht bloß auf die Oberfläche des von ihm besitzenden Grun-

des, sondern dehnt sich auch auf die Unterfläche aus; was sowohl aus der Natur dieses Rechtsverhältnisses, da dem Nutzeigenthümer der Grund und Boden zur ausschließenden Benützung gegeben wurde, als auch aus der Bestimmung des §. 1147 fließt, zufolge welcher derjenige, der nichts als einen Bodenzins entrichtet, nur auf die Benützung der Oberfläche Anspruch hat; woraus e contrario gefolgert werden muß, daß den Erbpächtern und Erbzinsleuten auch das ausschließende Benützungsrecht der Unterfläche ihrer Gründe zusteht. Dem gemäß, und da der Nutzungseigenthümer für den ganzen Complex der Ober- und Unterfläche den Gewährbrief (§. 1145) erhalten hat, den Grundzins und die übrigen Gaben hievon entrichtet, ist er auch ohne Zweifel berechtiget, mit Berücksichtigung der durch die politischen Verordnungen gebothenen Vorsichten, in seinem Grunde Keller zu graben, oder dieses dritten Personen zu gestatten, diese Keller entweder selbst zu benützen, oder die Benützung entgeldlich oder unentgeldlich an jemand Andern, und zwar auf bestimmte Zeit, oder auf immer, abzutreten, — mit der Beschränkung jedoch, daß in so ferne durch eine solche Veräußerung der Substanz des Gutes selbst ein Nachtheil zugehen sollte, nach §. 1129 dem Obereigenthümer das Untersagungsrecht zustünde. Durch Gestattung der Benützung der Unterfläche zur Grabung eines Kellers hat sich sohin der Nutzungseigenthümer verbindlich gemacht, zum Vortheile eines Andern in Rücksicht seiner nutzbaren Sache etwas zu dulden, und in so ferne er dadurch auch auf jede Benützung der Oberfläche Verzicht leistet, welche in die Rechte des Kellerbesitzers eingreifen würde, als z. B. auf der Oberfläche tiefe Wurzel schlagende Bäume und Gewächse zu setzen, Brunnen und Cisternen zu graben u. s. w., etwas zu unterlassen, was er sonst kraft seines Eigenthumsrechts zu unternehmen berechtiget gewesen wäre. Es ist dadurch eigentlich lediglich eine Servitut constituiret worden (§. 472). Da nun Servitutsrechte kein Gegenstand der Eintragung in das Grundbuch als selbstständige Realitäten sind, so sind auch solche Keller kein Gegenstand, von welchem im Falle einer Veränderung des Besitzers ein Freygeld gefordert werden kann.

13) In Bezug auf die Abnahme des Freygelds von Bergwerks-Entitäten wurden durch Hofkanzleydecret vom 20. October 1815 folgende Bestimmungen festgesetzt:

a. Die Grundobrigkeiten sind nicht befugt von den ihrer Real-Gerichtsbarkeit nicht unterstehenden Bergwerks-Entitäten bey Besitzveränderungsfällen ein grundherrschaftliches Laudemium zu beziehen; sondern jenen Herrschaften, unter welchen der Grund und Boden, worauf selbe stehen, unterthänig ist, wird, in so weit sie von jeher dazu berechtiget waren, gestattet, von dem Schätzungswerthe dieses Grundes, und den darauf stehenden Gebäuden das landesübliche Laudemium abzunehmen; jede Laudemial-Forderung aber, in Bezug auf die Bergwerks-Entitäten selbst, ist unzulässig.

b. Auf gleiche Art ist sich auch in Rücksicht auf jene Hammer- und Sensenschmieden und dergleichen zu benehmen, welche der grundherrlichen Real-Gerichtsbarkeit unmittelbar unterstehen; auch bey diesen darf das landesübliche Laudemium nur vom Schätzungswerthe des Grundes und Bodens, der Wohn- Wirthschafts- und Fabriksgebäude abgenommen werden, ohne dabey die landesfürstliche Concession, oder das ohnehin unsichere und sehr vielen Zufällen unterliegende Erträgniß des Hammers und Werkgebäudes in Anschlag zu bringen.

c. Versteht es sich von selbst, daß die erläuternde Vorschrift nur für jene Grundobrigkeiten zu gelten habe, welche das Befugniß zu einem solchen Laudemial-Bezuge wirklich besitzen; daß aber denjenigen Grundherrschaften, welche einen Besitzstand nicht erweisen können, dadurch kein Recht zu einem künftigen Laudemial-Bezuge eingeräumt werde.

14) In Betreff der Schiffmühlen wurde über die Frage: ob von selben in Besitzveränderungsfällen ein Freygeld abgenommen werden dürfe, mit Hofkanzleydecret vom 3. März 1808 folgende Verordnung kund gemacht:

Schiffmühlen sind auf Schiffe gebaute, auf einem Flusse schwebende Mahlmaschinen; sie gehören zu den beweglichen Sachen ihres Eigenthümers, und können nicht als unmittelbare Zugehörungen eines unbeweglichen Gutes betrachtet werden. Lau-

demien sind eine Gebühr, welche für die Ueberlassung des Nutzeigenthums eines Grundes zur Anerkennung des Obereigenthums an den Grundherrn, bey vorfallenden Veränderungen in dem Nutzeigenthumsbesitze dieses Grundes, von dem neuen Antreter entrichtet werden müssen. — Der Bezug des Laudemiums ist daher nur auf Grund und Boden und auf dessen unmittelbare Zugehörungen beschränkt, kann folglich bey beweglichen Sachen, wozu die Schiffmühlen als wandelbare Maschinen, welche bald da, bald dorthin übertragen werden können, und oft auch übertragen werden müssen, nicht Statt haben. Daher dürfen der Regel nach bey Besitzveränderungsfällen von Schiffmühlen keine grundherrlichen Laudemien bezogen werden. Sollte aber eine oder die andere Herrschaft beweisen können, daß sie zum Bezug eines Laudemiums von Schiffmühlen durch einen ausdrücklichen Vertrag berechtiget sey; daß sie z. B. eine Schiffmühle selbst erbauet, oder solche einer Familie mit dem ausdrücklichen Vorbehalte überlassen habe, daß ihr bey jedem Erbfalle oder bey sonstiger Veräußerung derselben, von dem Werthe gewisse Perzente als Besitzveränderungsgebühr entrichtet werden sollen; so ist dieses als eine Ausnahme von der Regel zu behandeln, weil ähnliche bestimmte Verträge politischer Seits nicht aufgehoben werden können.

15) Das Freygeld ist ein bestimmter Procential-Antheil von dem Werthe eines unterthänigen Vermögens. Der Werth einer Sache wird nun entweder durch das gegenseitige Einverständniß der Parteyen, oder durch die Schätzung erhoben. In der Regel wird bey der Uebertragung eines Gutes von dem Besitzer an seine Nachfolger der Werth, über welchen beyde übereingekommen sind, bey Abheischung des Freygeldes zur Grundlage genommen. Gewöhnlich wird dieser Werth in der Uebergabs-Urkunde deutlich und bestimmt ausgedrückt, in diesem Falle gibt nun dieser Werth auch den Maßstab bey Entrichtung des Freygeldes an die Hand. Sollte der Obereigenthümer behaupten, daß dieser Werth nur zum Scheine verabredet worden sey, oder daß ein sogenannter Freundschaftskauf, d. i. ein aus einem entgeldlichen und unentgeldlichen vermischter Vertrag (§. 935) geschlossen worden sey, so wird es demselben obliegen, dieses ge-

hörig nachzuweisen. Wenn der Betrag nicht deutlich bestimmt und erkennbar ist, muß im Falle, daß ein Vergleich zwischen dem Ober- und Nutzungseigenthümer der Freygeldberechnung wegen nicht zu Stande kömmt, auf den bey den früheren Besitzveränderungen angenommenen Werth Rücksicht genommen, und wenn auch dieses nicht möglich ist, ist die rectificatorische Einlage zur Grundlage zu nehmen, und hiernach das Freygeld zu berechnen [1]). — Von der hier erwähnten Regel gibt es jedoch folgende Ausnahmen, in welchen auf eine Schätzung abzugehen ist: a) das Verboth der Vornahme von eigenen Schätzungen besteht bloß zu Gunsten der Nutzungseigenthümer; wenn es sich daher ergäbe, daß ein solcher selbst auf die Erhebung des Werthes durch eine ordentliche Schätzung dringen würde, so wäre solche allerdings vorzunehmen. b) Wenn bey Gelegenheit eines Besitzveränderungsfalles der Werth des zu verfreyenden Vermögens nicht ausgesprochen ist, und wegen anderer Verhältnisse ohnedieß eine gerichtliche Schätzung vorgenommen werden muß. c) Bey Bergwerks-Entitäten, oder überhaupt solchen Realitäten, mit deren Besitz landesfürstliche Privilegien oder Concessionen verbunden sind, die auf die Erhöhung des Werthes der zur Betreibung des privilegirten Geschäftes besonders eingerichteten Realitäten einwirken [2]).

16) Das Freygeld ist eine Quote des Kaufschillings und rücksichtlich jenes Preises, um welchen das Nutzeigenthum auf einen neuen Besitzer übertragen wird; natürlich also, daß auch dasselbe nur in jener Währung in der Regel abgenommen werden könne, in welcher der Kaufschilling, der Vermögenswerth selbst angegeben erscheint [3]). In so fern der Kaufschilling in öffentlichen Fonds-Obligationen, in Staatsschuldverschreibungen oder in Actien der k. k. priv. österr. Nationalbank angegeben ist, und der Betrag des Freygeldes die Summe nicht erreicht, daß es in gleichen

---

1) Verordn. vom 9. May 1785. Hofdec. vom 7. Jänner 1793, 13. Juny 1799, Erbsteuer-Pat. vom 13. Oct. 1810, Hofentsch. vom 14. Febr. 1814. Rectifications-Pat. vom 8. July 1750, §. 2.

2) Die zum Behufe der Lotterie-Ausspielung vorgenommenen Schätzungen können für keinen Fall bey der Freygelds-Berechnung zur Grundlage genommen werden.

3) Hofkanzl. Dec. vom 24. Dec. 1810.

Obligationen berichtiget werden kann; so ist das Freygeld zwar in der landesüblichen Währung zu entrichten, jedoch muß das zu verfreyende Capital auf diese Währung nach jenem Curse reducirt werden, welcher rücksichtlich solcher Schuldverschreibungen an dem Tage, an welchem die Zahlung der Veränderungsgebühr geleistet wird, oder hätte geleistet werden sollen, Statt hatte. Der Betrag ist in den verschiedenen Provinzen, nach den einzelnen Landesverfassungen, und den in denselben geltenden besonderen politischen Vorschriften verschieden.

17) Ein Laudemial-Rückstand ist dann vorhanden, wenn von Seite des Obereigenthümers der demselben bekannt gemachte Nachfolger und rücksichtlich neue Erwerber des Nutzungseigenthums angenommen, und in den rechtlichen Besitz desselben eingeführt, zugleich demselben die Berechnung über die Laudemialgebühr zugestellt, und von dem Nutzungseigenthümer, ohne gegen diese Berechnung Einwendungen gemacht zu haben, das Laudemium nach Verlauf einiger Zeit, ohne einen weitern Termin angesucht und erhalten zu haben, nicht berichtiget wird. — Die Eintreibung solcher Rückstände geschieht, wie in Ansehung aller übrigen contractmäßigen herrschaftlichen Giebigkeiten, im politischen Wege [1]) nach der hierüber besonders vorgeschriebenen Executionsart [2]). Den Dominien ist für keinen Fall gestattet, von dem zur Eintreibung der Urbarial-Rückstände vorgeschriebenen politischen Verfahren abzuweichen, und diese Rückstände auf die Realitäten ihrer Unterthanen einverleiben oder vormerken zu lassen, sonach aber hierauf gegründet das gerichtliche Verfahren gegen letztere einzuleiten [3]). Eben so wenig dürfen von derley Rückständen Interessen oder auch nur Verzugszinsen angerechnet werden; wo dieses geschähe, müßte diese Forderung als eine Unterthans-Bedrückung angesehen werden [4]). Wird über das Vermögen des Unterthans der Concurs eröffnet, so gehört dessen an die Herrschaft schuldender Laudemial-Rückstand, in so fern er

1) Hofdec. vom 3. März 1797.
2) Pat. vom 1. Dec. 1787 kundg. in Inneröesterreich.
3) Hofd. vom 6. März 1821; J. G. S. Nr. 1744.
4) Hofdec. vom 10. Aug. 1782; dann Justiz-Hofdec. vom 7. April 1820; J. G. S., Nr. 1657.

noch nicht über drey Jahre ausſteht, in die zweyte Claſſe vor allen Hypothekargläubigern. Dieſes iſt auch dann der Fall, wenn eine Realität im Wege der Execution veräußert wird. Daſſelbe gilt auch von allen übrigen gutsherrlichen Abgaben [1]).

18) Das Recht, ein Laudemium zu beziehen, erliſcht entweder durch den freyen Willen des Berechtigten, oder es iſt dieſe Erlöſchung ſelbſt durch das Geſetz angeordnet. — Der erſte Fall tritt ein, wenn der Obereigenthümer ſich ſeines Rechtes, in künftigen Beſitzveränderungsfällen ein Laudemium zu beziehen, mittelſt eines entgeldlichen oder unentgeldlichen Vertrages begibt. Da jedoch der Dominicalkörper durch eine ſolche Begebung der oberherrlichen Rechte einen Abfall erleidet, welcher auf die Sicherheit der auf demſelben intabulirten Forderungen und anderen Laſten Einfluß hat; ſo ordnet das Patent vom 1. Sept. 1798 [2]) an, die Intereſſenten durch das Landrecht zu vernehmen, und wenn von dieſer Seite die Genehmigung des Vertrages in Güte, oder im Wege des Civil-Prozeſſes erwirket iſt, ſo iſt dieſer Vertrag der Beurtheilung des Kreisamtes, ob es nähmlich dem Vortheile des Unterthans zuſage, und zur Beſtätigung desſelben zu unterziehen. — Zur weiteren Sicherſtellung des Nutzungseigenthümers iſt erforderlich, daß die Laudemial-Verpflichtung in dem Grundbuche und Gewährbriefe abgeſchrieben, und das Gültenbuch, ſo wie der Cataſter hiernach rectificirt werden. — Durch das Geſetz erliſcht das Recht, Veränderungsgebühren zu beziehen, aus dem Grunde der Verjährung; bey welcher auf den Umſtand Rückſicht zu nehmen iſt, daß dieſes Recht nur ſelten ausgeübt werde, weil ſich rückſichtlich einer und derſelben Realität nur ſelten Beſitzveränderungen ergeben, daher hier der §. 1484 in Anwendung zu bringen iſt.

19) Oefters geſchieht es, daß zur Verkürzung der Rechte des Obereigenthümers von den Vertrag ſchließenden Nutzungseigenthümern der Preis des abgetretenen Grundes zum Scheine geringer angeſetzt wird, als um welchen er wirklich veräußert worden

1) Juſtiz-Hofdec. vom 16. Sept. 1825; J. G. S., Nr. 2132.
2) J. G. S., Nr. 492.

ist. In solchen Fällen hielten sich in früheren Zeiten die Dominien berechtiget, das berechnete Laudemium des verschwiegenen Betrages in doppeltem Betrage zu beziehen; später glaubte man selbst hierin eine verbrecherische Handlung zu entdecken. — Das Hofdecret vom 3. Dec. 1819 ordnet aber hierüber Nachstehendes an: „Wenn Grundobrigkeiten durch unrichtige Angaben von Seite derjenigen, die ihnen Laudemial-Gebühren zu entrichten schuldig sind, an ihren Rechten sich verkürzt halten; so gebührt ihnen nach erwiesenem Anspruche der vorenthaltene Betrag, ohne daß aber wegen dieser Vorenthaltung gegen den Unterthan eine Bestrafung (eben so wenig, als gegen eine andere wegen einer Rechtsverkürzung sachfällig gewordene Partey) Platz greifet. — Es finden daher in solchen Fällen weder arbiträre Strafen, noch Geldstrafen Statt; sondern den Grundobrigkeiten steht bloß die Verfolgung ihrer Rechte gegen die Parteyen, von welchem sie sich verkürzt halten, im gesetzlichen Wege zu."

§. 1143.

2) In Rücksicht eines Schadens, und der Verminderung der Substanz.

Dem Nutzungseigenthümer gebührt auch ein verhältnißmäßiger Theil von einem gefundenen Schatze (§. 399). Er ist sogar befugt, die Substanz zu verringern, wenn er dem Obereigenthümer beweisen kann, daß die Benützung des Grundes sonst nicht Statt finde (§. 1129).

1) Ein Erbpacht- und Erbzinsmann ist kein bloßer Fruchtnießer, noch weniger ein gewöhnlicher Bestandmann; er ist Nutzungseigenthümer und hat einen Antheil an der Substanz oder Proprietät (§. 357). Es gebührt ihm daher nicht nur gleich jenem, sowohl der gewöhnliche als ungewöhnliche Ertrag (§. 511), sondern auch mit dem Obereigenthümer ein Drittheil von einem in einem Zinsgute gefundenen Schatze, folglich, so wie jenem, ein Sechstheil. Wäre der Nutzungseigenthümer zugleich der Finder, so hätte er noch insbesondere auf ein Drittheil Anspruch (§. 399)

2) Da bey getheiltem Eigenthume sowohl der Obereigenthümer als der Nutzungseigenthümer einen Anspruch auf die

Substanz zu machen hat, so folgt, daß in der Regel der Nutzungseigenthümer nicht berechtiget sey, die Substanz zu verringern (§. 1129). Von dieser Regel tritt jedoch in dem Falle eine Ausnahme ein, wenn außerdem die Benützung nicht Statt findet, z. B. wenn der in das Nutzeigenthum überlassene Grund der Gefahr der Ueberschwemmung ausgesetzt ist, — und daher ein Theil des Grundstückes zu einem Vorwerke gegen dergleichen Ueberschwemmungen verwendet werden muß.

3) Da aber die Befugniß des Nutzungs-Eigenthümers, die Substanz zu verringern, nur eine Ausnahme von der Regel ist, — so liegt diesem die Verbindlichkeit ob, dem Obereigenthümer zu beweisen, daß wirklich ein solcher Fall vorhanden sey, welcher ihn ausnahmsweise hierzu berechtige. Die Vorsicht fordert auch, wie v. Zeiller in seinem Commentare bemerkt, daß der Nutzungseigenthümer dem Obereigenthümer, um keiner Verschlimmerung des Zinsgutes beschuldiget zu werden, vorläufig, wenn keine Gefahr am Verzuge obwaltet, zu Rathe ziehe, ob dem Uebel nicht auf unschädlichere Art gesteuert werden könne.

§. 1144.

3) In Rücksicht der Lasten.

Der Nutzungseigenthümer trägt alle ordentliche und außerordentliche dem Gute anklebenden Lasten; er entrichtet die Steuern, Zehenten; und andere besonders vorgemerkte Abgaben. Für Lasten, die den Zins betreffen, haftet der Obereigenthümer.

1) Indem der Erbpacht- und Erbzinsmann alle Nutzungen, und der Obereigenthümer nur einen geringen, oder sehr mäßigen Zins bezieht; so bürdet das Gesetz dem Ersteren alle sowohl ordentlichen Real-Lasten, sie seyen allgemeine, wie Grundsteuern, Frohndienste oder besondere dem Zinsgute anklebende, wie Zehente und andere vorgemerkte Abgaben; als auch die außerordentlichen, sie mögen vom Staate oder von feindlichen Truppen in Rücksicht des Grundes gefordert werden, zu tragen auf.

2) Aus dem nähmlichen Grunde, aus welchem dem Nutzungseigenthümer alle jene Lasten treffen, welche in der Regel aus den Nutzungen des Gutes bestritten werden, liegt dem Obereigenthümer ob, diejenigen zu tragen, welche auf die Einkünfte, die er als Obereigenthümer bezieht, gelegt werden [1]).

§. 1145.

4) Rücksicht des Gewährbriefes.

Jeder neue Nutzungseigenthümer ist in der Regel verbunden, sich von dem Obereigenthümer einen Beglaubigungsschein oder eine Urkunde des erneuerten Nutzungseigenthumes zu verschaffen.

Diese Anordnung bezielt die Sicherstellung des Obereigenthümers, damit sein Recht nicht in Vergessenheit komme, und der Besitzer des Nutzungs-Eigenthumes nicht behaupten könne, daß er das Gut stets als ein vollständiges Eigenthum besessen, oder als ein solches ersessen habe (§. 1468). Doch hängt auch, wie v. Zeiller bemerkt, die Entscheidung über die Erneuerung, und insbesondere der Frage, ob und binnen welcher Zeit (unsterbliche) Gemeinden eine Erneuerung ansuchen müssen, und worin die Strafe einer unterlassenen Erneuerung bestehe, von oben (§. 1442) erwähnten Quellen ab.

§. 1146.

Besondere Verhältnisse zwischen Gutsbesitzern und Unterthanen.

In wie fern die Nutzungseigenthümer gegen die Obereigenthümer noch in anderen Verhältnissen stehen, und welche Rechte und Verbindlichkeiten insbesondere zwischen den Gutsbesitzern und den Gutsunterthanen bestehen, ist aus der Verfas-

1) Se. Majestät haben über den Vortrag der k. k. vereinten Hofkanzlen, mit allerhöchster Entschließung vom 23. July 1819 zu verordnen geruhet: daß, so lange die gegenwärtige Grundsteuer-Verfassung aufrecht erhalten wird, in das rücksichtlich der Steuer-Entrichtung bestehende Rechtsverhältniß von Seite der Staatsverwaltung kein imperativer Einfluß genommen werden könne, sondern dießfalls die Austragung dem Einverständnisse der Parteyen oder dem Ausspruche des Richters zu überlassen sey.

fung jeder Provinz, und aus den politischen Vorschriften zu entnehmen.

Das bürgerliche Gesetzbuch konnte über das Rechtsverhältniß aus einem Erbpacht- und Erbzinsvertrage im Allgemeinen wenig Bestimmtes festsetzen (§§. 1122 — 1145). Denn Erbpachtungen werden, wie v. Zeiller bemerkt, unter sehr verschiedenen Bedingungen verliehen, und Erbzinsgüter werden fast durchgehends nur von Gutsunterthanen oder Grundholden besessen, bey denen das Rechtsverhältniß aus einem (reinen) Erbzinsvertrage mit dem Verhältnisse aus dem Bande der Unterthänigkeit zusammen fließt. — Das letzte Verhältniß ist aber ein Gegenstand der politischen Gesetzgebung, und ist auch in den verschiedenen Provinzen in vielen Beziehungen von einander abweichend, daher sich auch hier außerdem, was bereits hier vorgekommen ist, keine allgemeinen Bestimmungen festsetzen lassen.

§. 1147.

Rechte aus dem Bodenzinse.

Wer nichts als einen Bodenzins entrichtet, hat nur auf die Benützung der Oberfläche, als: Bäume, Pflanzen und Gebäude, und auf einen Theil des auf derselben gefundenen Schatzes Anspruch. Vergrabene Schätze und andere unterirdische Nutzungen gehören dem Obereigenthümer.

1) Das Eigenthumsrecht in Bezug auf eine unbewegliche Sache kann auch in der Art zwischen zweyen oder mehreren Personen getheilt seyn, daß der einen, nebst einem Rechte auf die Substanz der Sache überhaupt, auch das ausschließende Recht auf die Benützung des unter der Oberfläche befindlichen Grund und Bodens, der anderen dagegen das ausschließende Recht auf die Benützung der Oberfläche zustehet. Da nun die jährliche für diese Benützung zu entrichtende Abgabe Bodenzins genannt wird (§. 1125), so folgt umgekehrt, daß derjenige, welcher einen Bodenzins entrichtet, auch auf nicht mehr, als auf die Benützung der Oberfläche Anspruch machen könne.

2) Wird nun das Recht des Bodenzinsmannes in die öffentlichen Bücher eingetragen, so erwirbt er dadurch das Nutzungseigenthum aller auf der Oberfläche sich befindlichen Gegenstände, als: Bäume, Pflanzen und Gebäude, dergestalt, daß er sie gleich wie andere Nutzungseigenthümer (§. 1128) vollständig benützen, und sowohl den gewöhnlichen als ungewöhnlichen Ertrag sich zueignen, mit Dienstbarkeiten belegen, sein Recht verpfänden, oder (mit dem anklebenden Zinse) auf seine Erben übertragen, oder unter Lebenden veräußern, sich im Besitze schützen, und sein Recht mit der Eigenthumsklage verfolgen könne; mit einem Worte, es stehet ihm das gleiche Recht, wie jedem anderen Nutzungseigenthümer zu, mit dem einzigen Unterschiede, daß, während sich das Recht des Erbpächters oder Erbzinsmannes auch auf die Unterfläche ausdehnet, das Recht des Bodenzinsmannes von der Benützung derselben ausgeschlossen ist. — Aus dieser Bemerkung folgt auch, daß letzterer als wirklicher Nutzungs-Eigenthümer auch auf einen Schatz in eben jenem Maße, wie ein anderer Nutzungs-Eigenthümer einen Anspruch zu machen habe, in so fern derselbe auf der Oberfläche, z. B. in dem Gemäuer eines Gebäudes gefunden wird.

§. 1148.

Erlöschung des Nutzungseigenthumes.

Was von der Aufhebung des vollständigen Eigenthumes bestimmt worden ist (§. 444), gilt überhaupt auch von dem getheilten.

1) Die Erlöschungsarten des getheilten Eigenthums sind theils solche, die es mit dem vollständigen Eigenthume gemein haben; theils solche, die den in diesem Hauptstücke erörterten Zinsgütern eigenthümlich zukommen. In ersterer Hinsicht beruft sich der gegenwärtige §. ausdrücklich auf die Vorschrift des §. 444.

2) Diesem nach geht das Nutzungseigenthum durch den Willen des Nutzungseigenthümers verloren, welcher kraft des dem Eigenthümer zustehenden Verfügungsrechtes, die Sache verlassen, oder Anderen abtreten kann. In dem letzten Falle wird jedoch auch hierzu der Wille des Uebernehmers erfordert. Denn bey

der Abtretung der Sache an einen Anderen geschieht nur eine bedingte Entsagung, nähmlich für den Fall, als derjenige, dem die Sache abgetreten werden soll, diese Abtretung auch annimmt. — Nach dem gemeinen Rechte ist es sehr streitig, ob der Emphyteuta das Gut auch gegen den Willen des Obereigenthümers zurückgeben könne, wenn er es nicht länger cultiviren will. — Viele Rechtsgelehrte verneinen dieses und unter andern aus Gründen, welche auch nach österreichischem Rechte zur Begründung dieser verneinenden Meinung angeführt werden können. Diese Gründe sind: a) daß es dem Obereigenthümer nur als eine Prärogative gestattet sey, den Nutzeigenthümer seines Nutzungseigenthums zu entsetzen (§. 1130), wenn er seiner Verbindlichkeit kein Genüge geleistet. Hieraus folgert man, daß es dem Nutzungseigenthümer nicht erlaubt seyn könne, das Gut dem Herrn wider seinen Willen aufzusagen; b) sey hier ein auf beyden Seiten verbindlicher Vertrag vorhanden, von welchem der Erbpächter oder Erbzinsmann schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen einseitig nicht abgehen könne. — Andere unterscheiden hingegen, ob der jährlich zu entrichtende Zins gering, oder in Verhältniß zu den Früchten gesetzt sey. In jenem Falle könne das Recht des Nutzungseigenthümers, das Gut dem Obereigenthümer zurückzugeben, nicht bestritten werden. — Denn hier habe die Emphyteuse die Eigenschaft eines Beneficiums, dergleichen Niemanden aufgedrungen zu werden pflege. Hier könne auch die von dem Emphyteuta geschehene Begebung dem Erbzinsherrn sehr gleichgültig seyn, weil sich leicht ein anderer Emphyteuta finden werde. Allein in dem letztern Falle nehme die Emphyteuse die Eigenschaft eines Pachtes an, und hier stehe es nicht in der Willkühr des Emphyteuta, einseitig vom Contracte abzugehen. — Die in der Praxis angenommene, und durch die Autorität vieler berühmter Rechtsgelehrten unterstützte Meinung ist jedoch die, daß dem Emphyteuten die Aufgebung der Emphyteuse nach Willkühr zustehe. — Für diese werden folgende Gründe angeführt: Durch den emphyteutischen Contract macht sich bloß der Herr verbindlich, dem Emphyteuta das Gut auf immer zu lassen, so daß es weder ihm, noch demjenigen, an welchen derselbe das Gut veräu-

ßert hat, genommen werden solle, so lange der Besitzer seine Pflichten erfüllen, und den Zins alle Jahre richtig abtragen wird. Der Emphyteuta dagegen verpflichtet sich das Gut zu cultiviren, und den jährlichen Canon davon zu entrichten, so lange er das Gut besitzt. Auf keine Weise macht er sich auch durch den Contract verbindlich, das Gut auch wider seinen Willen ewig zu behalten. Denn liege dieses in der Natur des Contracts, so hätten ihm die Gesetze keine freye Veräußerungsbefugnisse zusteben können [1]).

Diese hier angeführten Gründe unterstützen offenbar auch nach österreichischem Rechte die Behauptung, daß der Nutzungseigenthümer auch ohne Einwilligung des Obereigenthümers seinem Eigenthum entsagen könne, und sie wird durch den Wortlaut des gegenwärtigen §., und die Berufung auf den §. 444 unterstützt. — Zwar könnte nach österreichischem Rechte auch noch der §. 1140 für die gegentheilige Meinung angeführt werden, weil nach demselben der Obereigenthümer in Veräußerungsfällen des Nutzungseigenthums darauf zu sehen berechtiget ist, daß der Nachfolger die auf dem Nutzungseigenthume haftenden Lasten zu entrichten fähig sey, und er die Veräußerung an einem zur Entrichtung dieser Lasten unfähigen Nachfolger zu verbiethen berechtiget ist. — So lange die Lasten aus den Erträgnissen des Nutzungseigenthums bestritten werden können, scheint der Obereigenthümer in dieser Beziehung gar nicht nöthig zu haben, auf die Persönlichkeit des Nachfolgers Rücksicht zu nehmen, indem die Fähigkeit zur Bestreitung der Lasten in den Erträgnissen des Gutes selbst liegt. — Das Gesetz scheint daher auch auf jene Fälle Rücksicht genommen zu haben, in welchen die Erträgnisse des Nutzungseigenthums von den Lasten überwogen werden, und scheint daher die fortwährende Verpflichtung des Nutzungseigenthümers, ungeachtet der die Erträgnisse überschreitenden Lasten den bedungenen Zins fortwährend zu entrichten, von welcher er sich selbst durch Entsagung seines Rechtes sich nicht soll entledigen können, vorauszusetzen. — Allein diese aus dem §. 1140 gezogene Folgerung scheint zu weit ausgedehnt. — Denn allerdings ist auch in dem Falle, als die

1) Glück's Commentar, §. 616.

Erträgnisse des Gutes die Lasten überwiegen auf die Persönlichkeit des Nutzungseigenthümers Rücksicht zu nehmen, indem eine leichtsinnige oder verkehrte Bewirthschaftung des Grundes auch bey guter Ertragsfähigkeit die Erträgnisse des Gutes so herabsetzen kann, daß hievon die Lasten nicht mehr bestritten werden können. — Es ist also aus dem Umstande, daß der Nutzungseigenthümer sein Eigenthum nicht dem nächsten Besten übertragen darf, keineswegs die Folgerung zu ziehen, daß er auf dasselbe nicht gänzlich verzichten, und selbes nicht dem Obereigenthümer wieder anheim sagen könne.

3) Die übrigen gemeinschaftlichen Arten der Erlöschung sind, das Gesetz, wohin besonders die gesetzlichen Anordnungen über Verjährung und Ersitzung (§. 1478 u. f. w.), oder auch die über die Erwerbung des Eigenthums durch Zuwachs, und insbesondere die §§. 411 u. 412 gehören; dann auch der richterliche Ausspruch, wodurch Jemanden das Nutzeigenthum ab-, und einem Anderen zuerkannt wird (§. 424), oder wenn durch die Uebertretung eines Strafgesetzes durch richterliches Erkenntniß der Verlust des Nutzungseigenthums als Strafe erkannt wird. — Uebrigens muß zu allen diesem, da es sich hier um den Verlust des Eigenthums eines unbeweglichen Gutes handelt, auch immer noch die Löschung aus den öffentlichen Büchern vor sich gehen (§. 444 Nr. 2). Zu diesen im §. 444 aufgeführten Erlöschungsarten kann auch der Untergang der Sache, worauf Jemanden das Nutzeigenthum zustand, gerechnet werden.

§. 1149.

Erbpacht- und Erbzinsgüter gehen auf alle Erben über, die nicht ausdrücklich ausgeschlossen worden sind. Hat der Nutzungseigenthümer keinen rechtmäßigen Nachfolger; so wird das Nutzungseigenthum mit dem Obereigenthum vereiniget. Doch muß der Obereigenthümer, wenn er von diesem Rechte Gebrauch machen will, alle Schulden des Nutzungseigenthümers, die aus einem

anderen Vermögen nicht getilgt werden können, berichtigen. In wie fern ein Obereigenthümer das heimgefallene Gut an Andere zu überlassen verbunden sey, bestimmen die politischen Verordnungen.

1) Eigenthümliche Erlöschungsarten sind: die Vernachlässigung der Pflichten der Zinsmänner, oder ihr Unvermögen die Lasten zu tragen (§§. 1130 u. 1136). — Durch den Tod des Eigenthümers erlischt ganz natürlich jedes Eigenthum in Bezug auf die Person des Verstorbenen, und so auch das Nutzeigenthum; in dieser Hinsicht kann der Tod unter die gemeinschaftlichen Erlöschungsarten gerechnet werden. — Aber der Tod des Nutzungseigenthümers kann auch als eine eigenthümliche Erlöschungsart des Nutzungseigenthums angesehen werden, nähmlich in denjenigen Fällen, wo kein zu demselben berufener Nachfolger vorhanden ist. — In der Regel geht zwar das Nutzungseigenthum, so wie das ungetheilte Eigenthum, auf die Vertragstestamentarischen oder gesetzlichen Erben über; eine Ausnahme hiervon tritt jedoch in dem Falle ein, wenn bey Verleihung des Nutzungseigenthums ausdrücklich über die Nachfolge eine Bestimmung getroffen worden ist. — Denn mit Erlöschung der Nachfolge, auf welche das Recht eingeschränkt worden ist, endigt sich auch das Nutzungseigenthum, und wird in diesem Falle mit dem Obereigenthume vereinigt. — Die Nutzungen des letzten Jahres werden dann nach der Analogie der Fruchtnießung getheilet. — In vollkommenen Einklange mit dieser Bestimmung des bürgerlichen Gesetzbuches sagt das Hofdecret vom 9. März 1798 [1]): „Wenn in dem emphyteutischen Contracte, welcher von dem Grundherrn mit dem Grundholden abgeschlossen wurde, bedungen worden ist, wie sich mit Uebertragung des Besitzers nach dem Tode des jeweiligen Besitzers geachtet werden solle; so ist bey allen einzelnen Grundstücken, und wo nicht eigens auf den emphyteutisch-überlassenen Dominical-Gründen ein neues Haus gestiftet worden, sich platterdings nach der gesetzlichen

1) J. G. S., Nr. 905.

Erbfolge zu halten. Die gesetzliche Erbfolge hat zwar auch bey jenen emphyteutischen Besitzungen, wo mit den Dominical-Gründen ein neues Haus, und eine damit verbundene Wirthschaft gestiftet ist, einzutreten; doch mit der Beschränkung, daß dabey eine Zerstückung oder Vertheilung der Wirthschaft nicht Statt finden könne."

2) In Ansehung des Heimfallsrechtes unterthäniger Gründe an die Grundobrigkeiten wurde es früher sehr strenge gehalten. — Denn nach dem Hofdecrete vom 25. September 1789 [1]) konnte der Heimfall eines von den Unterthanen besessenen Gutes an die Obrigkeit nur damahls Platz greifen, wenn dessen lehenbare Eigenschaft standhaft erwiesen, und in dieser Rücksicht ein ordentlicher Lehenbrief vorhanden wäre. — Ein obrigkeitliches Caducitäts-Recht, außer dem nexu feudali, wurde daselbst ausdrücklich aberkannt, und angeordnet, daß da, wo die Privat-Successsion aufhöre, jene des Staats eintrete. Das Hofdecret vom 24. Juny 1790 [2]) erklärt gleichfalls das Heimfälligkeitsrecht als eine Art von Lehen. Es wurde jedoch vermög desselben gestattet, daß da, wo das Heimfälligkeitsrecht auch auf andere zwischen Obrigkeiten und Unterthanen zu Stande gebrachten Verträge, die vor dem Normale vom 25. September 1789 eingegangen worden sind, gegründet ist, solches, wenn gleich kein Lehensband eintritt, in Rücksicht auf die vergangene Zeit gültig seyn könne; künftig hingegen, und von der Zeit des gedachten Normales an, dürften da, wo kein Lehensband erweislich ist, auch keine anderwärtige neue Verträge über Heimfälligkeiten, von was immer für einer Gattung sie seyn mögen, zwischen Obrigkeiten und Unterthanen gültig errichtet werden.

Hieraus wurde zugleich die Folgerung gezogen, daß auch die vermög der vor dem Normale und außer dem Lehensbande errichteten gültigen Verträge den Obrigkeiten von Zeit zu Zeit anheimfallenden Unterthansgründe, gegen die allgemeine Vorschrift, welcher zu Folge die Obrigkeiten steuerbare Gründe nicht für sich behalten dürfen, künftig nicht mehr mit dem Heimfälligkeits-

1) J. G. S. Nr. 1052.
2) P. G. S., 1. B., S. 52.

rechte an Unterthanen überlassen, sondern mit Erhöhung des Kaufschillings an andere Unterthanen erbeigenthümlich verkauft werden müssen. — Allein beyde hier erwähnten Verordnungen wurden durch das Patent vom 20. December 1790 [1]) in Bezug auf das Erzherzogthum Oesterreich ob und unter der Enns aufgehoben, und verordnet: a) die unterthänigen Grundgüter einer Verlassenschaft, wozu weder aus einer letztwilligen Anordnung, noch aus dem Gesetze ein Erbe vorhanden ist, fallen ihrem Grundherrn zu. Doch ist derselbe schuldig, wieder einen unterthänigen Besitzer, der allgemeinen Landesverfassung gemäß, darauf zu stiften. b) Das übrige zu einer solchen erblosen Verlassenschaft eines Unterthans gehörige Vermögen unterliegt insgemein der Einziehung des landesfürstlichen Fiskus, und kann sich darauf das Heimfälligkeitsrecht der Obrigkeit nur in dem einzigen Falle erstrecken, wenn diese sich mit einer besonderen Verleihung, oder dem rechtskräftigen Besitze gegen den Fiskus auszuweisen vermögend ist. — Obschon nun dieses Patent ausdrücklich nur für Oesterreich ob und unter der Enns erlassen wurde, so wurde es doch später durch Hofkanzley-Decret vom 26. Juny 1792 [2]) auf Mähren und Schlesien ausgedehnt; und da selbes auch in die officielle Justiz-Gesetzsammlung aufgenommen, und später dann auch in dem an sämmtliche Länderstellen erlassenen Hofkanzley-Decrete vom 18. May 1825 [3]), welches das Verfahren bey Ausübung des Caducitätsrechtes in Ansehung der bey Gerichten liegenden Depositen regulirte, sich ausnahmsweise auf den gegenwärtigen §. des b. G. B., dann auf das Patent vom 20. December 1790 bezogen wurde: so dürfte kein Zweifel seyn, daß Letzteres dermahl für alle Provinzen als geltende Norm anzusehen, und die früheren Hofdecrete als aufgehoben zu betrachten seyn.

3) Das Gesetz gestattet jedoch dem Obereigenthümer die Vereinigung nur unter der Bedingung, daß er nicht nur die dem Gute mit Recht aufgebürdeten Lasten (§§. 1137 u. 1138), sondern auch

1) J. G. S. Nr. 97.
2) P. G. S., 1. B., S. 110.
3) P. G. S., 53. B., S. 93.

alle übrigen Schulden, in so weit sie aus einem anderen Vermögen des Zinsmannes nicht getilgt werden können, übernehme. Diese gesetzliche Anordnung gründet sich ohne Zweifel auf die bey Erläuterung des §. 447 Nr. 1. gemachte Bemerkung, daß ein jeder Schuldner mit seinem ganzen Vermögen für die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten hafte, und daß dieses Vermögen in seiner Gesammtheit als ein allgemeines und gemeinschaftliches Unterpfand aller seiner Gläubiger anzusehen sey. — In so fern dem Obereigenthümer die Uebernahme dieser Last zu beschwerlich fällt, steht es ihm frey, das Nutzungseigenthum mit Vorbehalt seines Obereigenthumes der Executionsführung den Gläubigern zu überlassen.

§. 1150.

Durch Zerstörung der Pflanzen, Bäume und Gebäude geht das Nutzungseigenthum der Oberfläche nicht verloren. So lange noch ein Theil des Grundes bleibt, kann ihn der Besitzer, wenn er anders seinen Zins abführt, mit neuen Pflanzen, Bäumen und Gebäuden besetzen.

Zu den im §. 444 aufgezählten Erlöschungsarten des Eigenthums ist auch, wie bereits bey Erläuterung des §. 1148 bemerkt wurde, der Untergang der Sache gerechnet worden. So lange aber nur ein Theil davon erübriget, erhält sich auch das Nutzeigenthum. Daher geht auch das Nutzungseigenthum einer Oberfläche durch Zerstörung der Pflanzen, Bäume oder Gebäude nicht verloren, so lange nur, obgleich auch nur zum Theile, die Oberfläche, worauf das Recht gegründet ist, noch besteht, indem der Besitzer den Grund durch Erneuerung der Anlagen wieder benützen kann.

Sechs und zwanzigstes Hauptstück.

Von entgeldlichen Verträgen über Dienstleistungen.

§. 1151.

1) Lohnvertrag.

Wenn Jemand sich zur Dienstleistung oder Verfertigung eines Werkes, gegen gewissen Lohn im Gelde, verflichtet; so entsteht ein Lohnvertrag.

1) Nach den in den vorhergegangenen Hauptstücken abgehandelten entgeldlichen Verträgen über das vollständige oder unvollständige Eigenthum und das Benützungsrecht von körperlichen Sachen, folgen nun entgeldliche Verträge über Dienstleistungen, wodurch Handlungen gegen Geld (§§. 1151 — 1172), oder Handlungen gegen Sachen oder gegen Handlungen (§§. 1173 u. 1174) versprochen werden. Sie gründen entweder ein vorübergehendes, oder (§. 1172) ein bleibendes Dienstverhältniß. Die ersteren haben theils körperliche, theils Geistesarbeiten zum Gegenstande (§§. 1151 — 1163), worunter sich hauptsächlich die Darstellung und Vervielfältigung der Geistes-Producte (§§. 1164 — 1171) auszeichnet. Hieraus entstehet a) der Lohnvertrag, b) der Verlags-Vertrag und c) der Vertrag zwischen dem Dienstherrn und dem Dienstgesinde [1]).

2) Der Ausdruck „Dienstleistung" kann in einer allgemeineren und eingeschränkteren Bedeutung genommen werden. — In der allgemeineren Bedeutung versteht man darunter überhaupt eine Anwendung von körperlichen oder Geisteskräften, wodurch die Zwecke eines Andern befördert werden sollen; und in diesem Sinne ist dieser Ausdruck offenbar in der Ueberschrift dieses Hauptstückes genommen worden. — In der engeren Bedeutung versteht man aber unter Dienstleistung eine solche Anwendung von körperlichen oder geistigen Kräften, welche unmittelbar dahin zielen, die Zwecke des anderen zu befördern,

1) Siehe v. Zeiller's Commentar.

und in dieser Bedeutung ist der Ausdruck „Dienstleistung" von der Verfertigung eines ganzen Werkes unterschieden, indem in diesem Falle die Anwendung der Kräfte nur zur Hervorbringung dieses Werkes geschieht, welches erst nach seiner Vollendung in die Eigenthumssphäre des Anderen übergehen soll, daher die einzelnen Kraftäußerungen nur mittelbar dazu dienen, die Zwecke des Andern zu befördern. — Daß der Ausdruck „Dienstleistung" in dem gegenwärtigen §. in dieser engeren Bedeutung genommen sey, fällt in die Augen.

3) Durch den Lohnvertrag macht sich einer der Pascibcenten zu einzelnen Dienstverrichtungen, welche unmittelbar oder mittelbar dazu dienen, die Zwecke des Anderen zu befördern, der andere Pascibcent hingegen zur Abreichung eines bestimmten Lohnes im Gelde verbindlich. Wird die Entrichtung anderer Sachen statt Geldes ausbedungen, so entsteht zwar kein eigentlicher Lohnvertrag, — wohl aber ein diesem ganz ähnlicher Vertrag, welcher auch ganz nach den nähmlichen Vorschriften beurtheilet wird (§. 1173).

§. 1152.

Stillschweigender Lohnvertrag.

Sobald Jemand eine Arbeit oder ein Werk bestellet; so wird auch angenommen, daß er in einen angemessenen Lohn eingewilliget habe. Ist der Lohn weder durch die Verabredung, noch durch ein Gesetz festgesetzt; so bestimmt ihn der Richter.

1) Das Gesetz redet hier ausdrücklich nur von dem Falle, wenn Jemand eine Arbeit oder ein Werk bestellt hat; von diesem Falle muß aber derjenige unterschieden werden, wenn Jemanden von einem Andern eine Arbeit oder ein Werk ohne Bestellung verrichtet und resp. geliefert wird, und dieser die Verrichtung oder Lieferung angenommen hat. Da man nicht annehmen kann, daß derjenige, der eine Arbeit oder ein Werk bestellet, darauf Rechnung mache, daß derselbe ihm die Arbeit oder das Werk unentgeldlich liefern wolle, indem man sich für einen solchen Fall nicht in der Form einer Bestellung, sondern nur in der einer Bitte an den Andern zu verwenden pflegt; so ist die Vermu-

thung, daß der Besteller in einen angemessenen Lohn gewilliget habe, ganz in der Natur der Sache gegründet. — Wird daher das Factum der Bestellung bewiesen, so ist auch die Vermuthung begründet, daß der Besteller dafür einen angemessenen Lohn wenigstens stillschweigend zugesichert habe.

2) Das Factum der Bestellung muß aber erwiesen seyn. — Der Umstand allein, daß Jemand eine Arbeit oder ein Werk geliefert, und der andere Theil die Arbeit oder das Werk auch angenommen habe, begründet nach dem Wortlaute des gegenwärtigen §. keineswegs die Vermuthung, daß der Letztere auch dafür einen Lohn zugesagt habe. — Man beruft sich zwar, um auch in diesem Falle die obige Vermuthung geltend zu machen, auf den Rechtssatz: Schenkungen werden nicht vermuthet. Dieser Satz enthält, obschon er in unseren Gesetzen nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, allerdings eine Wahrheit in sich; aber nur in so ferne, als man ihn aus dem allgemeinen gültigen Grundsatze ableitet, daß jedes Factum von demjenigen erwiesen werden müsse, der sich darauf berufet, und daß nur solche Vermuthungen, denen insbesondere vom Gesetze eine Kraft beygelegt wird, die Stelle des Beweises vertreten (§§. 104 u. 105 der G. O.). — Allein in dieser Beziehung gilt obige Regel nicht nur allein von Schenkungen, sondern von allen Verträgen überhaupt, folglich auch von dem Lohnvertrage; und es darf der im gegenwärtigen §. festgesetzten Ausnahme von dieser Regel keine größere Ausdehnung gegeben werden, als die ausdrücklichen Worte desselben enthalten. — Auch fließt aus der Rechtsregel: Schenkungen werden nicht vermuthet, nur so viel, daß derjenige, welcher das Daseyn einer Schenkung behauptet, dieselbe auch erweisen müsse, unrichtig ist aber die daraus gezogene Folgerung, daß derjenige, welcher die Existenz eines anderen bestimmten Vertrages behauptet, von der Beweisführung losgezählt sey, und die Vermuthung für sich habe. — Diesem steht nicht entgegen, daß ich bey Erläuterung des §. 915 selbst behauptet habe, daß die Triebfeder der menschlichen Handlungen gewöhnlich Eigennutz sey; denn aus dieser Bemerkung läßt sich mit eben so vielen Gründen folgern, daß

die Leistung einer Arbeit, oder die Lieferung eines Werkes in Folge einer schon früher bestandenen Rechtsverpflichtung geschehen, als daß dabey erst die Begründung einer Verpflichtung von Seite des anderen Theiles bezielt worden sey.

3) Die Größe des Lohnes ist entweder durch ausdrückliche Verabredung bestimmt oder nicht. Im ersteren Falle ist sich nach dieser Verabredung zu achten, wenn nicht das Gesetz selbst denselben durch eigene Taxordnung bestimmt hat, oder überhaupt der Willkühr der Parteyen vom Gesetze keine Schranken gestellt sind; — im letzteren Falle bestimmt ihn der Richter, aber nicht nach Willkühr, sondern nach folgenden Regeln: Sind die Gattungen der Belohnungen, um die es sich handelt, durch eigene Taxordnungen bestimmt, so ist nach selben die Belohnung zu bemessen; sind es gemeine Arbeiten, welche eine Art von Marktpreis haben, wie z. B. bey Taglöhnern, Zimmerleuten, Mauerern, Miethkutschern, Lohndienern, — nach diesem Marktpreise; gehören zur Beurtheilung des Werthes der Arbeit oder des Werkes Kunstkenntnisse, die dem Richter als solchen nicht zugemuthet werden können, so kann sich der Ausspruch des Richters nur auf die Angaben solcher Kunstverständigen stützen; bisweilen kann aber der Werth, weil z. B. das Werk nicht mehr vorhanden ist, nur durch die Angabe der Partey selbst bestimmt werden, in welchem Falle der Richter den angegebenen nach Gutbefinden und Billigkeit mäßiget, und der Partey den gemäßigten Betrag beschwören läßt [1]), was der Regel nach immer nach ordentlicher Rechtsverhandlung durch Urtheil geschieht. — In Betreff des Verdienstes der Advokaten ist der Richter als solcher selbst Kunstverständiger, und über die Ausmittelung der Belohnung derselben bestehen besondere, bereits bey Erläuterung des §. 1004 erwähnte Vorschriften.

§. 1153.

Rechte aus dem Lohnvertrage.

Bey wesentlichen Mängeln, die das Werk zum Gebrauche untüchtig machen, oder der ausdrückli-

1) §§. 217. 218. der a. G. O.

chen Bedingung zuwider laufen, ist der Besteller berechtiget, von dem Vertrage abzugehen. Will er dieses nicht, oder sind die Mängel weder wesentlich, noch gegen die ausdrückliche Bedingung; so kann er entweder die Verbesserung, oder eine angemessene Schadloshaltung fordern, und zu dem Ende einen verhältnißmäßigen Theil des Lohnes zurückhalten.

1) So wie bey jedem entgeldlichen Vertrag dem Uebernehmer einer Sache Gewähr zu leisten ist, daß sie die ausdrücklich bedungenen, oder gewöhnlich dabey vorausgesetzten Eigenschaften habe, und daß sie der Natur des Geschäftes oder der getroffenen Verabredung gemäß, benützt und verwendet werden könne (§. 922); so haftet auch hier der Besteller dem Bestelltem dafür, daß die Arbeit, welche er sich zu liefern anheischig macht, von der hier berührten Art sey. — Fallen daher wesentliche, d. i. solche Mängel auf, die den ordentlichen oder vertragsmäßigen Gebrauch des bestellten Werkes ausschließen; so kann der Besteller von dem Vertrage gänzlich abgehen, und ist nicht verpflichtet, erst noch auf eine Probe ankommen zu lassen, daß der Bestellte, welcher seine Sorglosigkeit oder Unfähigkeit an Tag gelegt hat, den wesentlichen Mangel verbessere. Der Besteller kann also auch die Zurücksetzung in den vorigen Stand, z. B. die Zurückgabe des Angeldes (§. 908), die Erstattung des gegebenen Stoffes, und überhaupt die angemessene Schadloshaltung begehren (§. 1295). Es ist hier im wesentlichen gleichgültig, ob die Mängel in einem Verschulden des Bestellten, oder in einem Zufalle, der sich auf Seite des letzteren ereignet hat, ihren Grund haben. Uebrigens kann sich der Besteller aber auch (was oft die Billigkeit anräth) damit begnügen, daß entweder der Bestellte selbst, oder ein anderer Sachverständiger den wesentlichen Mangel verbessere [1]).

2) Ist der Mangel ein außerwesentlicher, d. i. betrifft er eine solche Eigenschaft, welche weder ausdrücklich bedungen ist,

1) Vergl. den Commentar des Herrn Hofrathes v. Zeiller §. 1153. Nr. 2.

noch den ordentlichen Gebrauch derselben verhindert; so steht dem Besteller überhaupt nur das am Schlusse des vorigen Absatzes erwähnte Recht zu (§. 932). Zur Sicherheit der von dem Bestellten zu bewirkenden Verbesserung oder der Schadloshaltung räumt der §. hier dem Besteller das Recht ein, einen verhältnißmäßigen Theil des Lohnes zurückzuhalten, welcher, in so fern sich die Contrahenden über den eigentlichen Betrag nicht vereinigen könnten, durch Sachverständige auszumitteln und von dem Richter zu bestimmen wäre.

3) Wer sich zu einem Handwerke oder Gewerbe öffentlich bekennt, muß den Mangel des gehörigen Fleißes oder der nöthigen Kräfte und Kenntnisse vertreten. Hat aber derjenige, welcher ihm das Geschäft überließ, die Unerfahrenheit desselben gewußt, oder bey gewöhnlicher Aufmerksamkeit wissen können; so fällt zugleich dem Letzteren ein Versehen zur Last (§. 1299). Besteller und Bestellter haben daher in diesem Falle den Schaden gemeinschaftlich zu tragen (§. 1304). Ein Bau-, Maurer- oder Zimmermeister, welcher bey Führung eines Baues oder bey Veränderungen etwas anlegt, was in der Löschordnung, wegen Feuersgefahr, verbothen wird, ist nicht nur allein verbunden, den ordnungswidrig angelegten Theil auf seine Kosten abzubrechen, und nach Vorschrift herzustellen, sondern wird auch nach dem zweyten Theile des Strafgesetzbuches §. 185 als ein schwerer Polizey-Uebertreter behandelt, und das erste Mahl mit einer Geldstrafe von fünf und zwanzig bis zweyhundert Gulden belegt; bey Wiederhohlung einer solchen Uebertretung wird die früher verhängte Geldstrafe verdoppelt; und im dritten Falle ihm alle weitere Führung eines Baues untersagt [1]). Auf gleiche Weise macht sich ein Töpfer (Hafner), Klempner (Blechschmied) und Schlossermeister oder wer immer sonst Oefen verfertiget, wenn er gegen die Vorschrift der Feuerlöschordnung einen Ofen setzet, oder eine Röhre zieht, einer schweren Polizey-Uebertretung schuldig, und ist mit fünf und zwanzig Gulden zu bestrafen; diese Strafe ist im wiederhohlten Falle zu verdoppeln; und das dritte Mahl wird der Uebertreter des Gewerbes verlustig erklärt [2]).

1) St. G. B., II. Th., §. 135.
2) Eben da §. 133.

§. 1154.

Wenn der Bestellte aus seiner Schuld das Versprechen in der zur Bedingung gesetzten Zeit nicht erfüllet; so ist der Besteller nicht mehr schuldig, die bestellte Sache anzunehmen; er kann auch für den daraus entstandenen Schaden Ersatz fordern. Zögert aber der Besteller mit der Entrichtung des Lohnes; so ist er auch verbunden, den Bestellten vollkommen zu entschädigen.

1) Dem Besteller ist nicht selten eben so sehr an der genauen Beobachtung der Erfüllungszeit, als daran gelegen, daß die Arbeit von wesentlichen Mängeln frey sey (§. 1153). In einem solchen Falle pflegt die Frist ausdrücklich zur unerläßlichen Bedingung, ohne deren Erfüllung der Vertrag wegfallen soll, durch die Ausdrücke, daß man außer dem an sein Wort nicht gebunden seyn wolle, oder daß man sonst die Arbeit gar nicht brauchen könne u. dgl., gemacht zu werden [1]).

2) Ein ohne dergleichen Ausdrücke bestimmter Zeitraum ist für keine eigentliche Bedingung zu halten, und berechtigt den Besteller nach fruchtlosem Verlauf derselben lediglich auf die Erfüllung des Vertrages zu dringen, den Bestellten dießfalls gerichtlich zu belangen, und den Ersatz des Schadens zu verlangen, der dem Besteller dadurch zugegangen ist, daß der andere Theil jenes in der bestimmten Zeit nicht geliefert oder verrichtet hat, was er zu liefern oder zu verrichten schuldig war; wobey dem Besteller noch die Begünstigung zu Statten kommt, daß er den Betrag des Schadens auf die einfache Art, durch Ablegung des Schätzungseides (unter Vorbehalt der gerichtlichen Mäßigung) erprobe [2]).

3) Es ist nicht immer nothwendig, daß die Zeit ausdrücklich zur wesentlichen Bedingung gesetzt werde; dieses kann öfters auch stillschweigend geschehen, wenn nähmlich der Zweck der Bestel-

1) Siehe v. Zeillers Commentar Nr. 1.
2) A. G. O. §. 214.

lung ausdrücklich angegeben, oder aus der Natur der Bestellung hervorleuchtet, und derselbe von der Art ist, daß er nach Verlauf der Zeit nicht mehr in Erfüllung gehen kann. Wer sich zu einer bestimmten Feyerlichkeit ein Kleid bestellet, gibt dadurch stillschweigend zu erkennen, daß das Kleid, wenn er es nicht in einer Zeit erhält, um bey dieser Feyerlichkeit von demselben Gebrauch machen zu können, für ihn zu keinem Gebrauche mehr sey, — und er an den Vertrag nicht mehr gebunden seyn wolle. Eben so kann derjenige, der zu einer vorhabenden Reise einen Reisewagen bestellet, nicht mehr gezwungen werden, denselben anzunehmen, wenn der Zeitpunct, auf welchen er die Reise festgesetzt hatte, verstrichen ist, und er daher aus Mangel dieses Reisewagens genöthiget worden ist, die Reise aufzugeben, oder sich um einen andern Wagen umzusehen. Indessen ist es auch zur Vermeidung von Streitigkeiten in solchen Fällen sehr räthlich, die Zeitbestimmung ausdrücklich als auflösende Bedingung beyzurücken. So ist es z. B. sehr zweifelhaft, was in dem Falle Rechtens wäre, wenn nähmlich der Besteller des Reisewagens dem Bestellten die Zeit, wann er abreisen werde, bestimmt hätte, später aber, ohne dem Bestellten dießfalls eine Erinnerung zu machen, den Zeitpunct der Abreise weiter hinaus verlegt, und, weil der Bestellte den Reisewagen zur bestimmten Zeit nicht geliefert hat, sich sogleich einen anderen Reisewagen beygeschafft hätte. — Könnte der Letztere dem Besteller nicht erwiedern, er habe die beschlossene Abänderung des Reiseplanes in Erfahrung gebracht, und daher die ursprünglich festgesetzte Zeit zu Ablieferung des Wagens nicht mehr als auflösende Bedingung ansehen können?

4) Nebst dem, daß in den beyden Nr. 1. und 3. berührten Fällen, der Besteller an den Vertrag nicht mehr gebunden ist, kann derselbe auch von dem Bestellten für den daraus entstandenen Schaden Ersatz fordern, und er ist, so wie in dem Nr 2. angeführten Falle, um den Betrag des Schadens zu erweisen, zur Ablegung des Schätzungseides zuzulassen.

5) Der gegenwärtige §. redet ausdrücklich nur von dem Falle, wenn der Bestellte aus seiner Schuld das Versprechen

in der zur Bedingung gesetzten Zeit nicht erfüllt, man könnte nun e contrario zu folgendem Schlusse versucht werden: Wenn der Bestellte durch einen Zufall verhindert wird, das Versprechen in der zur Bedingung gesetzten Zeit zu erfüllen; so ist der Besteller schuldig, die bestellte Sache auch nach Verlauf dieser Zeit noch anzunehmen; und er kann auch für den daraus entstandenen Schaden keinen Ersatz fordern. — Allein diese Schlußfolgerung ist nur in dem letzteren Theile richtig. — Denn daß der Besteller in diesem Falle keinen Ersatz des ihm durch die Nichterfüllung des Versprechens zugegangenen Schadens von dem Bestellten fordern könne, ist schon in den allgemeinen Grundsätzen, welche bey der Lehre von dem Schadenersatze aufgestellt worden, gegründet (§§. 1295 u. 1311). Daß aber der Besteller, ungeachtet er die Nicht-Erfüllung des Versprechens zur bestimmten Zeit ausdrücklich oder stillschweigend zur auflösenden Bedingung gemacht, und der Bestellte hierzu eingewilligt hat, — dennoch zur Annahme des bestellten Werkes auch noch nach Verlauf der Zeit sollte angehalten werden können, stünde im offenbaren Widerspruche mit dem §. 699, nach welchem es ganz gleichgültig ist, ob das Eintreffen oder Nicht-Eintreffen der Bedingung vom Zufalle, oder von dem Willen des interessirten Theiles abhängt. — Zu dem sagt der §. 1311, daß der Zufall denjenigen treffe, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet hat. — Ist nun der Bestellte aus einem, in seiner Person sich ereigneten Zufalle verhindert worden, sein Versprechen zu erfüllen; so hat er den daraus für ihn hervorgehenden Nachtheil selbst zu tragen, und er kann daher nicht fordern, daß von dem Inhalte des Vertrages abgewichen, und dem Besteller aufgebürdet werde, nicht nur den eigenen, aus der nicht gehörigen Erfüllung des Vertrages ihm zugehenden Schaden zu tragen, sondern durch die nachträgliche Annahme des bestellten Werkes auch dem Bestellten seinen Schaden zu vergüten. Ein neuer Beweis, wie vorsichtig man, bey den Schlußfolgerungen e contrario zu Werke gehen müsse.

6) Es entsteht hier die weitere Frage, was in dem Falle Rechtens sey, wenn der Bestellte aus Verschulden des Bestellers, oder aus einem sich in der Person des Letzteren ereigneten

Zufalle sein Versprechen in der zur Bedingung gesetzten Zeit nicht erfüllet? — was sich leicht dann ereignen kann, wenn der Besteller sich selbst zur Lieferung des Materials anheischig macht, dieses aber so spät übergibt, daß der Bestellte das Werk bis zum bestimmten Zeitpunct zu vollenden außer Stand gesetzt ist? — Da die Beantwortung dieser Frage eine genaue Auseinandersetzung des folgenden §. voraussetzt, so wird selbe bey Erläuterung dieses §. vorgenommen werden.

7) Ist die Zeit der Erfüllung weder ausdrücklich noch stillschweigend bestimmt, so muß der Vertrag von beyden Seiten ohne unnöthigen Aufschub erfüllet werden (§. 904). Es kann daher der Besteller darauf dringen, daß der Bestellte die Arbeit ohne unnöthige Zögerung beginne, und eben so fortsetze. — Ist die Zeit der Ablieferung ausdrücklich bestimmt worden, so ist der Bestellte nicht befugt, das bestellte Werk noch vor Ablauf der ausdrücklich bestimmten Zeit abzuliefern, und den Besteller zur Uebernahme desselben zu nöthigen. — Außer einer solchen ausdrücklichen Zeitbestimmung kann der Besteller die Uebernahme des bestellten Werkes, als zu frühzeitig, in der Regel nicht verweigern, nur wenn momentane Hindernisse der Uebernahme entgegen stünden, müßte sich auch der Bestellte einen kleinen Aufschub gefallen lassen. — Wird die Uebernehmung des fertigen Werkes von dem Besteller ohne rechtlichen Grund verzögert, so liegt dem Bestellten ob, die gerichtliche Einleitung zu deren Verwahrung anzusuchen (§. 1425), welches dann die Stelle der förmlichen Uebergabe vertritt. — Wann für den Besteller die Verbindlichkeit entstehe, den Lohn zu entrichten, wird bey Erläuterung des §. 1156 vorkommen. — Entrichtet er nun den Lohn zu dieser bestimmten Zeit nicht, so ist auch der Bestellte berechtigt, dießfalls Entschädigung zu verlangen, die nach §§. 1333 u. 1334 in Entrichtung der 4percentigen Zögerungszinsen besteht.

§. 1155.

Auch für Dienste und Arbeiten, die nicht zu Stande gekommen sind, gebührt der bestellten Person eine angemessene Entschädigung, wenn sie das

Geschäft zu verrichten bereit war, und von dem Besteller durch Schuld, oder einen Zufall, der sich in seiner Person ereignet hat, daran verhindert, oder überhaupt durch Zeitverlust verkürzt worden ist.

1) Der Zweck des Bestellten, den er bey Eingehung in den Lohnvertrag bezielet, bestehet eigentlich nicht in der Verrichtung der Arbeit selbst, oder der Lieferung des bestellten Werkes, sondern in der Beziehung des bedungenen Lohnes, oder des aus Verfertigung des Werkes für ihn hervorgehenden Gewinnes; und nur der Lohn oder der Gewinn ist dem Bestellten als verheißen anzusehen. Daher ist auch kein Zweifel, daß der Besteller von dem Vertrage zurückgehen könne, wenn er nur dem Bestellten den verheißenen Lohn oder den Gewinn vergütet, welcher für ihn aus der Verfertigung des Werkes entstanden seyn würde. — Es kann daher dem Besteller die Arbeit oder das Werk nicht aufgedrungen werden, sondern er ist nur zur Leistung dessen verpflichtet, was dem Bestellten daran gelegen ist, daß die Arbeit oder das Werk zu Stande komme.

2) Daraus fließt, daß auch für Dienste und Arbeiten, die nicht zu Stande gekommen sind, dem Bestellten in allen jenen Fällen Entschädigung gebühre, wenn die Ursache, daß sie nicht zu Stande gekommen sind, nicht in dem Verschulden des Bestellten, oder in einem in seiner Person sich ereigneten Zufalle, sondern auf Seite des Bestellers selbst gelegen ist. — Auf Seite des Letzteren kann aber die Ursache darin liegen, daß dieser seinen Entschluß, die Arbeit verrichten, oder das Werk liefern zu lassen, aufgibt; — oder daß der Bestellte aus Verschulden des Bestellers, oder aus einem sich in der Person des letzteren ereigneten Zufalle verhindert wird, die Dienste oder Arbeiten zu verrichten, zu denen er gedungen worden ist. Herr Hofrath v. Zeiller führt in seinem Commentare als Beyspiel auf, wenn einem Fabriks-Unternehmer, welcher entfernte Arbeiter kommen ließ, oder sie zur Verlassung eines anderen Dienstes oder Arbeiten bewog, die gehoffte Verwilligung des Befugnisses, obschon zufälliger Er-

eignungen wegen, versagt wird. — Dagegen spricht, nach seiner Behauptung, den Unternehmer ein bloßer und noch dazu äußerer (außer seiner Person) liegender Zufall von aller Haftung frey, z. B. wenn das eben erwähnte Fabriks-Gebäude durch einen Donnerstreich in Asche gelegt wird. — Der Unterschied des ersteren Falles von dem letzteren beruht aber einzig darin, daß sich dort der Zufall in seiner Person, hier aber in dem Vermögen des Bestellers ereignet hat. Im ersteren Falle dienen dem Besteller die Fabriksarbeiter zu keinem Gebrauche mehr, weil ihm die Ausübung der Fabriks-Unternehmung rechtlich unmöglich, im letzteren Falle dagegen, weil sie ihm physisch unmöglich gemacht worden ist. — Soll nun dieser Unterschied auch einen Unterschied in den Verpflichtungen des Bestellers hervorbringen? — Setzt der §. 878 die rechtliche Unmöglichkeit mit der physischen nicht in eine Cathegorie? — und sagt nicht der §. 1311, welchen Herr Hofrath v. Zeiller selbst zur Begründung seiner Behauptung anführt, daß der bloße Zufall denjenigen treffe, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet [1])? Es ist zwar richtig, daß der gegenwärtige §. nur von einem in der Person des Bestellers ereigneten Zufalle spricht; — allein, wenn, wie nicht zu zweifeln ist, die Anordnung des gegenwärtigen §., daß der Besteller auch in dem Falle, als die bestellte Person aus einem sich in der Person des ersteren ereigneten Zufalle die Arbeit zu verrichten verhindert worden ist, zur Entschädigung verpflichtet sey, lediglich eine, obgleich etwas ausdehnende Anwendung der Vorschrift des §. 1311 auf vorliegenden Fall ist; so ist nicht abzusehen, warum das Gesetz den in dem Vermögen des Bestellers sich ereigneten Zufall, den es §. 1311 mit dem sich in der Person desselben sich ergebenen Zufalle ganz gleich gestellt hat, — hiervon ausgenommen haben sollte! — Setzen wir: A wolle sich portraitiren lassen, und bestelle zu diesem Ende einen berühmten Portrait-Mahler aus Wien. Wie

1) In dem oben berührten ersten Falle läßt sich freylich von einem Verschulden des Bestellers kaum abstrahiren; denn wer in der Hoffnung, die Bewilligung zur Fabriks-Unternehmung zu erhalten, bereits Arbeiter bestellet hat, steht immer in Verschulden, wenn ihm diese versagt wird. — Indessen muß hier nach der Voraussetzung von einem Verschulden abgesehen werden.

dieser in Grätz anlangt, ist A bereits gestorben. Offenbar werden nun die Erben des Verstorbenen A selbst nach dem buchstäblichen Ausspruche des gegenwärtigen §. den Mahler wegen dieser Reise entschädigen müssen, weil dieser durch einen Zufall, der sich in der Person des Bestellers ereignet hat, an der Verrichtung der bestellten Arbeit gehindert worden ist. — Setzen wir nun: B habe sich zu gleicher Zeit einen Zimmer-Mahler aus Wien bestellt, um die Wohnzimmer seines Hauses auszumahlen, am Tage zuvor aber, als er in Grätz anlangt, hat der Blitz dieses Haus in Asche und Schutt gelegt. — Sollte hier B den Mahler wegen seiner Reise nicht entschädigen müssen, weil letzterer an der Verrichtung der Arbeit nicht wegen eines in der Person des Bestellers, sondern lediglich in dem Vermögen desselben ereigneten Zufalles an der Verrichtung der Arbeit gehindert worden ist? — Ich bin sohin der Ueberzeugung, daß der Ausdruck: „in der Person des Bestellers" in dem gegenwärtigen §. nicht als Gegensatz von dem Vermögen desselben, sondern nur als Gegensatz von der Person des Bestellten genommen werden müsse; daher nichts anders heiße, als: „auf Seite des Bestellers."

3) In Bezug auf die Art und Weise der Entschädigung muß aber ein Unterschied gemacht werden, ob die Arbeit aus dem Grunde nicht zu Stande gekommen ist, weil der Besteller seinen Plan freywillig aufgegeben hat, oder derselbe aus einem einfachen Verschulden, oder einem sich in seiner Person ereigneten Zufalle gehindert worden ist, von der bedungenen Arbeit Gebrauch zu machen. — Im ersten Falle wird er dem Bestellten alles dasjenige zu ersetzen verbunden seyn, was demselben daran gelegen ist, daß die Arbeit zu Stande komme. Denn er hat sich durch den Vertrag verbindlich gemacht, den aus der Leistung der Arbeit für ihn hervorgehenden Gewinn zu verschaffen. Dieses Versprechen muß er erfüllen, und kann eigenmächtig nicht davon zurücktreten (§. 1160). Die Entschädigung wird sohin um so beträchtlicher seyn, wenn der Bestellte eine Person ist, welche sonst beschäftigungslos ist, die sohin ein ungleich größeres Interesse an der Zustandebringung der Arbeit hat, als

eine Person, die sich im anderen Wege Gewinn und Vortheil verschaffen kann. — Diesem muß auch der Fall gleich gestellt werden, wenn sich der Besteller durch eine auffallende Sorglosigkeit in die Lage versetzt hat, von der bestellten Arbeit keinen Gebrauch machen zu können. Bey einem einfachen Verschulden oder einem sich auf seiner Seite ereigneten Zufalle kann er aber nur zur eigentlichen Schadloshaltung angehalten werden.

4) Das, was hier von dem Falle gesagt worden ist, wenn die Dienste und Arbeiten gar nicht zu Stande kommen, gilt auch für den Fall, als der Bestellte durch Schuld des Bestellers, oder durch einen sich auf seiner Seite ereigneten Zufall gehindert worden ist, die Arbeit in jener Zeit zu verrichten, als er sie sonst verrichtet haben würde. — Dieses wäre z. B. der Fall, wenn ein Miethkutscher durch eine dem Reisenden zugestoßene Krankheit längere Zeit auf der Reise zubringen muß. — Bey Ausmessung der Entschädigung wird, wie v. Zeiller bemerkt, vorzüglich auf den Umstand zu sehen seyn, ob das Hinderniß dem Bestellten zeitlich gemeldet worden, und er im Stande gewesen sey, während der Hemmungszeit auf eine andere Art sich einen Lohn zu erwerben.

§. 1156.

In der Regel gebührt der Lohn nach vollbrachter Arbeit. Wird aber die Arbeit in gewissen Abtheilungen der Zeit oder des Werkes verrichtet, oder sind Auslagen damit verbunden, die der Bestellte nicht auf sich genommen hat; so ist dieser befugt, einen mit der Dienstleistung oder dem Werke verhältnißmäßigen Theil des Lohnes, und den Ersatz der gemachten Auslagen vor vollendetem Werke oder gänzlich verrichteter Arbeit zu fordern.

1) Der Eingang des gegenwärtigen §. scheint eine Ausnahme von der im §. 1052 aufgestellten Regel, daß der eine Contrahent, wenn er zur Erfüllung seiner eigenen Verbindlichkeit bereit ist, auch von Seite des andern auf die Erfüllung drin-

gen kann, festzusetzen. Allein genauer betrachtet, sind diese Eingangsworte nur eine consequente Folgerung aus dem §. 1052, nicht eine wirkliche Ausnahme von demselben. — Denn so wie die Erfüllung des Tauschvertrages in der Uebergabe der vertauschten Sache besteht, so besteht die Erfüllung des Lohnvertrages in der Vollendung der Arbeit oder Ueberlieferung des bestellten Werkes auf einer Seite, und die Entrichtung des bedungenen Lohnes auf der anderen Seite. Die Bereitschaft im Sinne des §. 1052 liegt also nicht in der Geneigtheit des Willens, die Arbeit zu beginnen und gehörig fortzusetzen, sondern in dem thätigen Willen, dem auch kein äußeres Hinderniß entgegen stehen darf, — den Zweck des einen Contrahenten sogleich zu realisiren. Dieses kann aber hier nur nach vollbrachter Arbeit geschehen. Ist also eine Mühe oder Arbeit zu einem bestimmten Zwecke ganz zu Stande zu bringen, oder ein vollendetes Werk zu liefern, z. B. eine Fahrt an einem bestimmten Orte, oder die Vollendung eines Kleidungsstückes, die Verfertigung oder Verbesserung einer Uhr; so gebührt erst darnach der Lohn.

2) Es gibt aber Arbeiten und Werke, die Zufolge der Benennung oder Gewohnheit nach einer Zeit- oder Maßabtheilung verrichtet und bezahlt werden, z. B. die Arbeiten der Taglöhner, der Wochenlohn der Handwerksgesellen, der monathliche oder vierteljährige Lohn des Gesindes und einiger Miethkutscher, eine Bauführung oder Straßenanlegung nach Klaftern, nach Ruthen u. dgl. — Hier ist der Lohn nach Maßgabe dieser Abtheilung zu bezahlen, weil hier der Zweck des Bestellers auch noch vor vollendeter Arbeit gewöhnlich wenigstens theilweise erreicht wird.

3) Selbst in dem Falle, daß der Lohn für die Arbeit erst nach ihrer gänzlichen Vollendung zu entrichten ist, kann man doch nicht vermuthen, daß der Werkmeister auch die oft sehr beträchtlichen baren Auslagen, z. B. zu einer Bauführung bis dahin rückständig lassen wolle; das Gesetz berechtigt ihn daher in dem gegenwärtigen §. den Ersatz der gemachten Auslagen vor vollendetem Werke oder gänzlich verrichteter Arbeit zu fordern. — Daß aber zur Bestreitung der erst zu ma-

chenden Auslagen, der Werkmeister gleich einem Bevollmächtigten (§. 1014), auch einen angemessenen Vorschuß verlangen könne [1]), hiervon sagt der gegenwärtige §. nichts, und es scheint daher auch diese Behauptung nicht als richtig angenommen werden zu können. — Der Bestellte kann nicht als ein Gewalthaber angesehen werden; denn sonst müßte der Besteller denselben auch den zur Zustandebringung des bestellten Werkes nothwendig oder nützlich gemachten Aufwand, selbst bey fehlgeschlagenem Erfolge ersetzen (§. 1014), was doch gewiß Niemand behaupten wird.

§. 1157.

Wenn durch einen bloßen Zufall der zur Verfertigung eines Werkes vorbereitete Stoff oder das Werk selbst ganz oder zum Theile zu Grunde geht; so trägt der Eigenthümer des Stoffes oder des Werkes den Schaden. Hat aber der Besteller einen zur zweckmäßigen Bearbeitung offenbar untauglichen Stoff geliefert; so ist der Arbeiter, wenn die Arbeit aus diesem Grunde mangelhaft ausfällt, und er den Besteller nicht gewarnet hat, für den Schaden verantwortlich.

1) Unter bloßem Zufalle versteht hier das Gesetz ein von jeder Willkühr des Bestellers sowohl als des Bestellten unabhängiges Ereigniß. Er schließt nicht nur ein unmittelbares, sondern auch ein solches Verschulden aus, ohne welches ein zunächst zufälliger Schade die Sache nicht getroffen haben würde. — Beyspiele eines solchen mittelbaren Verschuldens liefern mehrere §§. des Gesetzbuches, wie die §§. 965, 979. Den Stoff zur Verfertigung eines Werkes liefert nähmlich entweder der Besteller selbst oder der Bestellte. — Im ersten Falle bleibt der Besteller noch immer Eigenthümer desselben, im zweyten Falle verliert der Bestellte das Eigenthumsrecht dieses Stoffes erst dann, wenn er das vollendete Werk an den Besteller überliefert hat.

1) Siehe v. Zeiller's Commentar §. 1156. Nr. 1.

2) Ist nun der Stoff durch (unmittelbares oder nur mittelbares) Verschulden eines der Contrahenten beschädiget worden, so trägt natürlich der schuldtragende Eigenthümer selbst den verursachten Schaden, und ist er nicht der Eigenthümer, so ist er dem anderen Theile nach Maßgabe der Größe und der Art der Beschädigung (§. 1324) zur Entschädigungsleistung verpflichtet. — Gründet sich aber die Beschädigung auf einen bloßen Zufall (Nr. 1), so trifft der Schade den Eigenthümer; folglich entweder den Besteller, der den Stoff hergegeben, oder den Bestellten, der ihn angeschafft hat, sammt dem Verluste seiner fruchtlosen Arbeit. — Der verunglückte Besteller, der seinen gegebenen Stoff verarbeiten lassen wollte, ist zur Erneuerung der Bestellung nicht verpflichtet, jedoch wäre er gehalten, den aus der Vereitelung der Bestellung für den andern Theil wirklich erwachsenden Nachtheil zu ersetzen (§. 1155). Wohl aber bleibt der Bestellte, dem sein eigener Stoff zu Grunde ging, in so fern zur Ueberlieferung des Werkes kein Zeitraum bestimmt worden ist, nicht nur berechtiget, sondern auch verpflichtet, das Werk mittelst eines frischen brauchbaren Stoffes zu liefern, wobey sich jedoch der Besteller einen diesen Umständen angemessenen Aufschub gefallen lassen muß (§. 904). — Ist aber zur Lieferung ein bestimmter Zeitpunct festgesetzt worden, so ist zwar der Bestellte berechtigt, das bestellte Werk zu liefern, wenn er es binnen des festgesetzten Zeitraumes zu liefern im Stande ist; er kann aber hierzu nicht verhalten werden, wenn ihm die Erfüllung des Versprechens dadurch unmöglich geworden ist, und kann auch zu einer Entschädigung dießfalls nicht angehalten werden.

3) Ist ein schlechter Stoff zur Verfertigung des Werkes verwendet worden, und dasselbe geht dadurch zu Grunde; so kömmt es gleichfalls darauf an, ob der Besteller oder der Bestellte den Stoff geliefert hat. — Hat der Besteller denselben hergegeben, so liegt die Beschädigung in seinem Verschulden, er hat daher nicht nur allein den für ihn hieraus entspringenden Nachtheil selbst zu tragen, sondern er ist auch verpflichtet, dem Bestellten, wenn es vor gänzlicher Vollendung aus dieser Ursache zu Grunde gegangen ist, für seine Arbeit eine angemes-

sene Entschädigung zu leisten (§. 1155). — Nur dann, wenn der Bestellte die Mängel des Stoffes gekannt, oder sie wenigstens nach den im §. 1299 berührten Verhältnissen hätte kennen sollen, und den Besteller dießfalls nicht gewarnet hätte, ist er zum Schadenersatze entweder ganz oder wenigstens theilweise verpflichtet, je nachdem nähmlich der Besteller von den Mängeln Wissenschaft hatte, oder Wissenschaft hätte haben sollen oder nicht (§. 1304). Hat aber der Bestellte den schlechten Stoff geliefert, so muß er, obgleich der Mangel etwa verborgen war, den Schaden übernehmen, und er mag sich dann bey dem Ueberbringer des schlechten Stoffes erholen; eine Bemerkung, die auch von dem Besteller in dem Eingangs erwähnten Falle gilt.

4) Da bey ärarischen Baulichkeiten, worunter alle unter dem Einflusse der Staatsverwaltung vorzunehmenden Bauführungen verstanden werden [1]), die Lieferung des Materials abgesondert von der Verarbeitung desselben gepachtet werden kann, so ist die Frage entstanden: ob in dem Falle, in welchem wegen des nicht in gehöriger Güte gelieferten Materials ein Bau im Ganzen, oder an irgend einem Theile schadhaft würde, der das Materiale verbrauchende Arbeiter oder etwa der Lieferant dafür zu haften, und den Schaden zu ersetzen habe? — Diese Frage wurde durch höchste Entschließung vom 17. April 1820 dahin entschieden: daß nur der Pächter der Verarbeitung des Materials dem Aerarium für allen an dem von ihm ausgeführten Baue sowohl wegen der schlechten Arbeit, als auch der schlechten Qualität des dazu verwendeten Materials entstehenden Schaden verantwortlich sey, da es ihm zustehe, die nicht in contractmäßiger guter Qualität gelieferten Materialien dem Lieferanten auszustoßen. Zugleich wurde jedoch angeordnet, daß die bey den Bauten zur Aufsicht bestellten Baubeamten sorgfältig darüber zu wachen haben, damit nur gute Materialien contractmäßig geliefert und angenommen werden [2]).

---

1) Hofk. Dec. vom 8. July 1820; P. G. S., 43. B. S.; 158.

2) Hofk. Dec. vom 28. April 1820, II. Absatz, Z. 2; P. G. S., 43. B., S. 104. Siehe Winnitwarters Handbuch, 3. B., S. 76.

5) Ein ähnlicher Fall kann auch bey Privatbauführungen vorkommen, — und er wäre ebenfalls ganz nach den hier bey Aerarial-Bauführungen aufgestellten Grundsätzen zu entscheiden. Nur glaube ich, daß der Besteller lediglich berechtiget sey, denjenigen, der die Verarbeitung des Materials übernommen hat, um den aus der schlechten Qualität des verarbeiteten Materials hervorgehenden Schaden anzugehen, daß er aber hierzu nicht gehalten sey, sondern auch unmittelbar den Lieferer um Schadenersatz angehen könne; wobey sich jedoch die §§. 1301 u. 1302 vor Augen zu halten wären. — Ja ich bin selbst der Meinung, daß die obige politische Vorschrift eigentlich nur die Norm enthalte, an wen sich die Vertreter des höchsten Aerars wegen der Entschädigung zu wenden haben, und daß dadurch weder dem Bauführer sein Regreß an den Lieferer des Materials benommen, noch der Staatsverwaltung selbst das Befugniß entzogen werden wollte, im Falle es vortheilhafter befunden würde, auch den Lieferer des Materials als Theilnehmer an der Beschädigung nach Maßgabe der §§. 1301 u. 1302 um den Ersatz zu belangen.

§. 1158.

Wann die Bestellung in einen Kaufvertrag übergehe.

Im Zweifel, ob die Bestellung einer Arbeit für einen Kauf- oder für einen Lohnvertrag zu halten sey, wird vermuthet, daß derjenige, der den Stoff dazu liefert, den Arbeiter bestellet habe. Hat aber der Arbeiter den Stoff geliefert; so wird ein Kauf vermuthet.

1) Die Ueberschrift bezeichnet hier nicht ganz passend dasjenige, was eigentlich dieser §. anordnet; denn aus selber könnte man schließen, daß in dem Falle, als derjenige, der sich zur Verfertigung eines Werkes verpflichtet hat, den Stoff selbst dazu liefert, kein eigentlicher Lohnvertrag, sondern ein Kaufvertrag geschlossen werde. — Allein dieses sagt der gegenwärtige §. nicht, sondern er stellt für diesen Fall nur eine Vermuthung auf. Treffender dürfte der Inhalt des gegenwärtigen §. durch

die Worte bezeichnet werden: Wann im Zweifel der Vertrag für einen Lohn, und wann für einen Kaufvertrag angesehen werde.

2) Es muß nähmlich bemerket werden, daß die Lieferung eines Werkes, für welches eine bestimmte Summe Geldes entrichtet oder zugesichert wird, sowohl die Folge eines Kauf- als eines Lohnvertrages seyn könne. Verspricht nähmlich Jemand eine ihrem Individuum, oder ihrer Gattung nach bestimmte Sache um eine bestimmte Summe Geldes einem Andern zu überlassen; so kömmt, wenn dieses Versprechen von dem Andern auch angenommen wird, ein Kaufvertrag zu Stande (§. 1053); macht sich aber Jemand anheischig, eine Sache erst zu verfertigen, und wenn sie verfertiget ist, dem Anderen in sein Eigenthum zu übergeben; dann ist ein Lohnvertrag vorhanden (§. 1151). Wenn ich z. B. mit einem Uhrmacher den Vertrag schließe, daß er mir eine goldene einfache Sackuhr von einer bestimmten Größe gegen Entrichtung einer bestimmten Summe Geldes in mein Eigenthum übergebe, so schließe ich einen Kaufvertrag; schließe ich aber den Vertrag dahin, daß er mir gegen Entrichtung einer bestimmten Summe Geldes eine goldene Sackuhr verfertige, und mir die verfertigte Uhr dann auch übergebe, so schließe ich einen Lohnvertrag. — Dieser Unterschied ist in mancher Beziehung von practischer Wichtigkeit. — In dem ersteren der hier berührten Fälle muß es mir gleichgültig seyn, ob mir der Uhrmacher eine bereits vorhandene Sackuhr, oder eine erst nach der Hand von ihm verfertigte, ob er mir eine von ihm selbst, oder von einem anderen Uhrmacher gearbeitete Uhr übergebe, wenn er sie nur innerhalb des bestimmten Zeitpuncts liefert; in dem zweyten Falle fordere ich mit Recht, daß die Uhr neu, und zwar in der Regel von ihm selbst verfertigt werde (§ 1161).

3) Entsteht nun ein Zweifel, ob die Uebergabe eines Werkes in Folge eines Kaufs- oder Lohnvertrages geschehen sey, oder zu geschehen habe; so ist vor Allem darauf zu sehen, wer den Stoff zu diesem Werke geliefert habe. — Hat der Arbeiter selbst den Stoff geliefert, so wird ein Kaufvertrag, hat aber der andere Theil den Stoff, aus welchem das Werk verfertiget worden ist, hergegeben, so wird ein Lohnvertrag vermuthet.

Da Vermuthungen überhaupt einen Gegenbeweis zulassen, so ist dieses auch hier der Fall. Seltener wird jedoch die Erscheinung seyn, daß in dem Falle, als der Uebernehmer des Werkes den Stoff zu selbem selbst geliefert hat, ein Kaufgeschäft zu Grunde liege. — Doch lassen sich allerdings auch solche Fälle denken. — Setzen wir z. B: es sey ausgemacht, daß A dem B für ein von ihm im Baue begriffenes Haus 12000 fl. zugesichert, dieser es um diese Summe Geldes vollendet zu übergeben versprochen habe. — Nun begehrt B, nachdem er einen Theil des Hauses vollendet hat, zur Bedeckung seiner gemachten Auslagen einen denselben angemessenen Vorschuß, den A zu geben verweigert. — Ob nun B berechtiget sey, diesen Vorschuß zu begehren oder nicht, wird einzig von der Beantwortung der Frage abhängen, ob zwischen ihnen ein Lohnvertrag, oder ein eigentlicher Kaufvertrag zu Stande gekommen sey; denn im ersteren Falle spricht ihm der §. 1156 dieses Recht offenbar zu, nicht aber im zweyten, weil das Kaufgeld erst bey Uebergabe der verkauften Sache abzuführen ist (§. 1062). Wenn nun hier B den Beweis herstellet, daß A die Ziegel zu Erbauung dieses Hauses geliefert hat; so wird in so lange, als A sein Vorgeben, es liege ein eigentlicher Kaufvertrag zu Grunde, nicht zu erweisen im Stande ist, das zwischen beyden Theilen bestehende Rechtsgeschäft für einen Lohnvertrag angesehen werden müssen; kann aber der A darthun, daß B den Bau des Hauses bloß aus eigenem Antriebe begonnen, und bey ihm die Ziegel dazu bestellet hat, und daß erst in der Folge zwischen ihnen der Vertrag geschlossen worden ist, vermög welchem sich der B verbindlich machte, das von ihm im Baue begriffene Haus nach seiner Vollendung dem A um 12000 fl. zu übergeben; so würde A die dem B zu Guten kommende gesetzliche Vermuthung durch den Gegenbeweis zerstören.

§. 1159.

Wenn mit dem Lohnvertrage noch andere Nebenverträge verbunden werden; so müssen die jedem derselben angemessenen gesetzlichen Vorschriften beobachtet werden.

Mit einem Lohnvertrage können andere Hauptverträge verbunden werden, z. B. ein Borgvertrag durch Auslagen des Bestellten zur Anschaffung des Stoffes, eine Verwahrung des ihm anvertrauten Stoffes, eine Bevollmächtigung zum Verkaufe alter Materialien u. s. w. Da diese Verträge ganz selbstständig für sich bestehen, und ihre Verbindung mit dem Lohnvertrage ganz zufällig ist; so sind sie ganz nach ihrer eigenthümlichen Natur, und nach den für diese Gattungen von Verträgen bestehenden gesetzlichen Vorschriften zu beurtheilen. Noch häufiger kommen aber Nebenbestimmungen und Nebenverträge vor, von welchen einige von der Art sind, daß sie bey allen Verträgen vorkommen, wie z. B. die Bedingung eines Angeldes, Reugeldes u. s. w., in Ansehung welcher gleichfalls die in dem Hauptstücke von Verträgen enthaltenen allgemeinen Vorschriften gelten; andere dagegen kommen gewöhnlicher bey anderen Verträgen vor, und das Gesetzbuch hat sie daher auch dort abgehandelt, wie z. B. Uebergabe eines Werkes auf die Probe, hier tritt die Analogie dieser letzteren Vorschriften in Anwendung.

§. 1160.

Erlöschung des Lohnvertrages.

Arbeiter, welche auf eine bestimmte Zeit, oder bis zur Vollendung eines gewissen Werkes bestellt worden sind, können ohne rechtmäßigen Grund vor verlaufener Zeit, und vor vollendetem Werke weder die Arbeit aufgeben, noch verabschiedet werden. Wird die Arbeit unterbrochen; so verantwortet jeder Theil sein Verschulden, aber keiner den Zufall.

1) Ein Lohnvertrag erlischt, so wie jeder Vertrag, durch Verlauf der ausdrücklich oder stillschweigend bestimmten Zeit (§. 1449), folglich auch mit Vollendung des Werkes, wozu der Arbeiter gedungen worden ist.

2) Vor der Zeit kann weder der eine noch der andere Theil eigenmächtig, ohne rechtmäßigen Grund, abgehen. Der

weigernde Arbeiter kann zufolge der Gerichtsordnung durch angemessene Zwangsmittel zur Fortsetzung der Arbeit angehalten werden, auch ist er nebstbey verpflichtet, den aus seiner widerrechtlichen Weigerung entspringenden Schaden zu vergüten. — Der Besteller kann zwar nicht directe verhalten werden, sich die bedungene Arbeit verrichten zu lassen, er kann aber angehalten werden, dem Bestellten alle jene Vortheile zu ersetzen, welche ihm aus der Leistung der Arbeit zugeflossen seyn würden, und welche er ohne dieselben nicht erlangen kann (§. 1055 Nr. 1).

3) Als rechtmäßiger Grund zur Aufhebung des Vertrages kann aber nur das Eintreffen eines solchen Umstandes angesehen werden, bey dessen Vorhandenseyn es dem einen oder anderen Theile physisch oder rechtlich unmöglich wird, den Vertrag zu erfüllen. Auf Seite des Arbeiters tritt daher ein solcher Grund ein, wenn er zur Fortsetzung der Arbeit unfähig wird, — auf Seite des Bestellers, wenn der aus den Umständen hervorleuchtende, oder sonst dem Arbeiter bekannt gemachte Zweck der Arbeit vereitelt wird; auf beyden Seiten, wenn die Leistung der bedungenen Arbeit von Seite der Staatsverwaltung verbothen wird. — Die eingetretene Unfähigkeit des Arbeiters bringt sowohl diesen selbst, da er den Lohn entbehren muß, der ihm für die Vollbringung der Arbeit zugesichert worden, als dem Besteller einen Nachtheil; rührt daher dieselbe von einem bloßen Zufalle her, so hat jeder Theil den für ihn entspringenden Nachtheil selbst zu tragen (§. 1311). Ist ein Verschulden des einen oder anderen Theiles unterlaufen, so ist dieser hierfür verantwortlich (§. 1295). — Ist dem Besteller der Zweck, um dessen willen er sich die Leistung der Arbeit versprechen ließ, vereitelt worden, so kann er zur Leistung der Entschädigung angehalten werden, welche aber in diesem Falle nur in der eigentlichen Schadloshaltung, d. i. darin besteht, daß dem Bestellten seine bisher gehabten baren Auslagen ersetzt, und eine Vergütung für die bisher gehabte Bemühung, und den gemachten Zeitaufwand geleistet werde (§. 1055 Nr. 2). Es könnte zwar dagegen gerüget werden, daß dem §. 1311 eine so große Ausdehnung gegeben werde, indem dieser, wie bey Erläuterung

dieses §. bemerkt werden wird, demjenigen, in dessen Person oder Vermögen sich der Zufall ereignet hat, nur zur Tragung des aus demselben hervorgehenden Nachtheiles, keineswegs aber zu einer Entschädigungsleistung an einen Dritten verpflichtet. — Allein es ist Folgendes in Erwägung zu ziehen. Durch den Lohnvertrag macht sich, wie bereits bey Erläuterung des §. 1151 Nr. 3 bemerkt worden ist, der Bestellte zu einzelnen Dienstverrichtungen, welche überhaupt dazu dienen, die Zwecke des Anderen zu befördern, der Besteller dagegen zur Abreichung eines bestimmten Lohnes verbindlich. Sind mit der zugesicherten Dienstleistung auch bare Auslagen verbunden, so umfaßt der versprochene Lohn auch diese. — Die gänzliche Zustandebringung eines Werkes setzt einen Inbegriff einzelner Dienstleistungen voraus; jede solche einzelne Dienstleistung gibt nun schon einen Anspruch auf einen verhältnißmäßigen Theil des Lohnes, obschon dieser erst in der Regel nach vollbrachter Arbeit entrichtet wird (§. 1056). Wird nun die Arbeit nicht vollendet, so kömmt es darauf an, ob sie wegen eines auf Seite des Bestellers oder des Bestellten entstandenen Verschuldens oder ergebenen Zufalls nicht zu Stande gekommen ist. Ist das erstere der Fall, so ist kein Grund vorhanden, dem Besteller von der in dem Lohnvertrage dem Bestellten zugesicherten Vergütung der gehabten baren Auslagen, und der bereits zur Beförderung der Zwecke des Bestellers unternommenen Handlungen, für welche der Lohn versprochen wurde, zu befreyen. Die oben berührte Schadloshaltung gründet sich daher in einer von ihm übernommenen contractmäßigen Verbindlichkeit, von welcher ihm der sich auf seiner Seite ereignete Zufall nicht befreyen soll. — Kommt aber die Arbeit wegen eines auf Seite des Bestellten sich ereigneten Zufalls nicht zu Stande; so ist kein Grund vorhanden, die Begünstigung für ihn eintreten zu lassen, daß er auch noch vor vollbrachter Arbeit einen Theil des Lohnes fordern könne.

4) Mit dieser Erklärung steht auch der Schlußsatz des gegenwärtigen §., daß kein Theil den Zufall verantworte, in vollkommener Harmonie. Denn eben darum, weil kein Theil den Zufall *verantwortet*, muß sich derjenige Theil, auf dessen

Seite sich der Zufall ergeben hat, die daraus entstandene Folge selbst gefallen lassen; denn von demjenigen, welcher bloß die nachtheiligen Folgen des Zufalls trägt, kann man nicht sagen, daß er den Zufall verantworte.

5) Hat sich Jemand an einen Anderen zur Dienstleistung verdungen, so ist es ihm rechtlich unerlaubt, sich mit einem Dritten in eine ähnliche Verbindung einzulassen, welche mit der ersteren nicht zugleich in Erfüllung gebracht werden kann. — Wenn daher z. B. ein Schauspieler von einem Theater-Unternehmer auf drey Jahre engagiret wird, so kann er während dieser Zeit mit keinem anderen Theater-Unternehmer in Verbindung treten, und wenn er dessenungeachtet mit einem anderen Unternehmer, der von dem früheren Contracts-Verhältnisse keine Kenntniß hat, einen Vertrag eingehen würde; so könnte er wohl zur Entschädigung aber nicht zur Erfüllung des Vertrages gezwungen werden. Vielmehr muß demjenigen, dessen Rechte durch den nachträglichen Contract verletzet worden, das Recht zustehen, dem Bestellten mit Zwang zur Erfüllung seiner früher eingegangenen Verbindlichkeit zu verhalten, ohne daß der spätere Besteller, bey welchem er zur Dienstleistung bereits eingetreten ist, dieses verhindern könnte. — Nur scheint es, daß, wenn der eine Besteller die Entlassung des Bestellten verweigern sollte, insbesondere zwischen den beyden Bestellern ein Rechtsstreit abgeführt werden müßte. Denn die Dienstleistungen der Menschen machen einen Gegenstand des rechtlichen Verkehres aus, und werden daher den Sachen beygezählet (§. 285 Nr. 3). Der eine Besteller befindet sich sohin im Besitze der Dienstleistung als Sache betrachtet, und es darf sich daher der andere Besteller nicht eigenmächtig in den Besitz setzen [1]), sondern muß sein Recht im ordentlichen Rechtswege gegen ihn ausführen (§. 320).

---

1) Die Einstimmung oder Verurtheilung des Bestellten hebt den Begriff der Eigenmächtigkeit nicht auf, indem dadurch nur das persönliche Rechtsverhältniß des Bestellten gegen den Besteller, nicht aber auch das dinglische Verhältniß der beyden Besteller gegen die Dienstleistung als Sache betrachtet, festgestellt wird.

§. 1161.

Nur in dringenden Umständen kann der bestellte Arbeiter oder Werkmeister das ihm aufgetragene Geschäft einem Andern anvertrauen, und selbst in diesem Falle haftet er für ein Verschulden in der Auswahl der Person.

1) Schon bey Erläuterung des vorhergehenden Paragraphes Nr. 3 wurde bemerkt, daß auf Seite des Arbeiters ein rechtmäßiger Grund zur Aufhebung des Vertrages dann vorhanden sey, wenn er zur Fortsetzung der Arbeit unfähig wird. Aus den Worten dieses §., daß der Arbeiter ohne rechtmäßigen Grund die Arbeit nicht aufgeben könne, gehet hervor, daß er bey dem Eintreffen eines solchen Umstandes dem Besteller das Hinderniß anzeigen müsse. — Die Richtigkeit dieser Behauptung ergibt sich auch noch aus der Betrachtung, daß der Arbeiter oder Werkmeister den Zweck des Bestellers durch seine Arbeit zu befördern sich anheischig gemacht hat, und daß er sohin auch bey Eintreten eines Hindernisses den Zweck des Bestellers aus eigener Kraftanwendung zu befördern, doch verpflichtet seyn müsse, von seiner Seite das Mögliche und Nöthige zu verfügen, damit der Zweck des Bestellers erreicht werde. — In dringenden Fällen, wenn nähmlich Gefahr am Verzuge haftet, ist der Bestellte sogar verpflichtet, das ihm aufgetragene Geschäft selbst einem Stellvertreter anzuvertrauen. — Zwar redet der gegenwärtige §. nur von dem Rechte des Bestellten, einen Stellvertreter aufzunehmen, keineswegs aber von der Verpflichtung hierzu. — Allein eben aus der Berechtigung fließt auch die Verpflichtung hierzu; denn bey Abschließung des Lohnvertrages hat sich der Bestellte lediglich zur Verrichtung bestimmter Dienste oder Verfertigung eines Werkes verpflichtet (§. 1151). Bey dem Bestande der Rechtsregel: quod quis per alium facit ipse fecisse videtur, die auch im gegenwärtigen Gesetzbuche noch fortlebt, liegt in dem Bestandvertrage an und für sich keine Ausschließung eines Stellvertreters, und nur die besonderen gesetzlichen Bestimmungen enthalten hierüber einige Beschränkun-

gen. — Da nun bey dem Mangel einer entgegengesetzten ausdrücklichen Verabredung alle gesetzlichen Bestimmungen als in den Vertrag aufgenommen angesehen werden müssen; so ist es eben so viel, als ob sich der Bestellte verpflichtet hätte, die Dienstleistung entweder selbst zu verrichten, oder durch einen Stellvertreter verrichten, das Werk entweder selbst zu verfertigen, oder durch einen Dritten in seinem Nahmen verfertigen zu lassen, und als ob der Besteller die Beschränkung hierzu gefügt hätte, daß nur in dringenden Fällen ein Stellvertreter eintreten dürfe. — Da sich nun der Bestellte im Allgemeinen verpflichtet hat, das ihm aufgetragene Geschäft entweder selbst, oder durch einen Stellvertreter zu verrichten; so folgt, daß er in allen jenen Fällen, wo er verhindert ist, das Geschäft selbst zu verrichten, und wo es ihm zugleich physisch und rechtlich möglich ist, das Geschäft durch einen Stellvertreter verrichten zu lassen, er auch hierzu verpflichtet sey.

2) Der Bestellte, der sich zur Verrichtung eines Geschäftes für einen Anderen anheischig gemacht hat, gleichet hier einem Gewalthaber. Es ist daher auch ganz consequent, daß die Vorschrift des §. 1010, zufolge welcher der Bevollmächtigte auch in dem Falle, als die Bestellung eines Stellvertreters durch die Umstände unvermeidlich wird, dennoch für ein bey der Auswahl der Person begangenes Verschulden verantwortlich bleibt, auch hier in Anwendung gebracht werde.

3) Von der Regel, daß nur in dringenden Umständen das Geschäft einem Stellvertreter anvertraut werden dürfe, macht ganz natürlich der Fall eine Ausnahme, wenn der Besteller selbst dem Bestellten die Macht eingeräumt, die Arbeit durch einen Dritten besorgen zu lassen. Dieses kann entweder ausdrücklich oder stillschweigend geschehen. Eine solche stillschweigende Berechtigung muß in allen jenen Fällen angenommen werden, wo ein Werkmeister oder Gewerbsmann bekannter Maßen sich auch fremder Hülfe von Gesellen, Lehrjungen und anderen untergeordneten Arbeitern, z. B. bey einem Baue, bedienen muß. — In diesem Falle bestimmt auch die gewöhnliche Verwendungsart dieser Individuen die Gränze der Bevollmächtigung. Daß auch

in dem Falle einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Ermächtigung der Bestellte für die Wahl des Stellvertreters verantwortlich sey, fließt gleichfalls aus der Analogie des §. 1010, und liegt in der Natur der Sache, weil es in Bezug auf die Verpflichtungen des Bestellten einerley ist, ob seine Berechtigung in dem ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Willen des Bestellers, oder lediglich in dem diesen Willen vertretenden Gesetze gegründet sey.

§. 1162.

Ein Lohnvertrag über Arbeiten, bey denen auf die besondere Geschicklichkeit der Person Rücksicht genommen zu werden pflegt, wird durch den Tod des Arbeiters aufgehoben, und die Erben können nur den Preis des zubereiteten brauchbaren Stoffes, und einen dem Werthe der geleisteten Arbeiten angemessenen Theil des Lohnes fordern. Stirbt der Besteller einer Arbeit; so müssen seine Erben den Vertrag fortsetzen, oder den Bestellten schadlos halten.

1) Da gerade der vorhergehende §. die Regel aufstellt, daß der bestellte Arbeiter oder Werkmeister das ihm aufgetragene Geschäft in eigener Person verrichten müsse, und nur in dringenden Umständen sich eines Stellvertreters bedienen könne; so folgt, daß in der Regel jeder Lohnvertrag durch den Tod des Arbeiters aufgehoben werde, und die Erben des Arbeiters nur in den Fällen, als Gefahr am Verzuge haftet, das Geschäft durch einen Stellvertreter fortführen können. Der gegenwärtige §., aus welchem hervorzugehen scheint, daß der Lohnvertrag durch den Tod des Bestellten nur dann erlösche, wenn er über Arbeiten geschlossen wurde, bey denen auf die besondere Geschicklichkeit der Person Rücksicht genommen zu werden pflegt, kann daher nur für den Fall verstanden werden, wenn es dem Bestellten erlaubt worden ist, die Arbeit auch mittelst Bestellten oder Gehülfen zu Stande zu bringen; weil, wie v. Zeiller be-

merkt, auch hier auf die persönlichen Eigenschaften des Bestellten, auf seine Auswahl, Oberaufsicht und Leitung Bedacht genommen wird. — Man kann daher die Regel aufstellen, daß der Lohnvertrag mit dem Tode des Bestellten erlösche; und muß hiervon nur den Fall ausnehmen, als der Lohnvertrag Arbeiten betrifft, bey welchen man auf die besondere Geschicklichkeit der Person keine Rücksicht zu nehmen pflegt, und dabey dem Bestellten ausdrücklich oder stillschweigend das Recht eingeräumt worden ist, sich zur Verrichtung der bestimmten Arbeit auch dritter Personen zu bedienen.

2) Wenn daher der Lohnvertrag auf diese Art erlischt, so sind die Erben nur berechtiget den Preis des zubereiteten brauchbaren Stoffes, und einen dem Werthe der geleisteten Arbeiten angemessenen Theil des Lohnes zu fordern. — Unter zubereiteten Stoffe versteht hier das Gesetz denjenigen, welcher bereits eigens die Bestimmung erhalten hat, für die bestellte Arbeit verwendet zu werden. — Der Stoff muß jedoch brauchbar seyn, d. i. er muß auch von einem Andern derley Arbeiter zu dem berührten Zwecke verwendet werden können. Dabey versteht es sich von selbst, daß die Erben des Bestellten den zubereiteten Stoff an den Besteller ausliefern müssen. — Bey Ausmittelung des Lohnes, welcher den Erben für die bereits geleisteten Arbeiten zu entrichten ist, ist der Werth der bereits geleisteten Arbeit sowohl, als der Schätzungsbetrag der noch zu leistenden Arbeiten zu erheben, und folgende Proportion anzusetzen: Wie sich die Summe der Schätzungspreise der bereits geleisteten und noch zu leistenden Arbeiten zum bedungenen ganzen Lohne verhält, eben so verhält sich der Schätzungswerth der bereits geleisteten Arbeiten zu dem Theile des Lohnes, der an die Erben des bestellten Arbeiters zu entrichten ist. — Denn ist ein höherer Lohn bedungen, als welcher sonst für derley Arbeiten gezahlt zu werden pflegt, so muß den Erben des Bestellten auch für die bereits theilweise verrichteten Arbeiten dieser höhere Lohn verhältnißmäßig zu Theile werden; ist aber ein niederer Lohn als der gewöhnliche ausgemacht, so muß dem Besteller auch bey Vertheilung der theilweisen Arbeit dieser Vortheil zu Gu-

ten kommen, welches nur durch die hier angeführte proportionelle Berechnung geschieht.

3) Der Bestellte nimmt dagegen in der Regel auf die persönlichen Eigenschaften des Bestellers keine Rücksicht, ihm ist lediglich an dem Lohne gelegen, welchen der letztere für die Zustandebringung der Arbeit zugesichert hat. — Es ist daher kein Grund vorhanden, warum der Vertrag durch den Tod des Bestellers aufgehoben werden soll. — Die Erben des Bestellers sind also nach der allgemeinen Regel des §. 918 aus dem Vertrage verbunden. — Die vom Gesetze am Schlusse des gegenwärtigen §. beygerückte Alternative, daß die Erben entweder den Vertrag fortsetzen, oder den Bestellten schadlos halten müssen, ist als keine Ausnahme von der Regel anzusehen, daß alle aus Verträgen entstehende Verbindlichkeiten auf die Erben der vertragenden Theile übergehen; denn es wurde bereits schon bey Erläuterung des §. 1155 Nr. 1 bemerkt, daß der Besteller von dem Vertrage zurücktreten könne, wenn er nur dem Bestellten den Gewinn vergütet, welcher für letzteren aus der Vollendung der Arbeit entstanden seyn würde. — Wollen daher die Erben den Vertrag nicht fortsetzen, so steht ihnen das nämliche Recht zu, welches dem Erblasser zugestanden ist; nähmlich sie können von dem Vertrage zurücktreten, wenn sie dem Bestellten volle Genugthuung leisten.

Ich befürchte nicht die Einwendung, daß der gegenwärtige §. nur von Schadloshaltung, und nicht von voller Genugthuung redet; denn es darf nicht übersehen werden, daß auch auf Seite der Erben solche Umstände eintreten können, welche die Fortsetzung des Vertrages unthunlich machen, wie z. B: wenn derjenige, der ein persönliches Privilegium oder Gewerb ausübt, zum Behufe dieser Ausübung Arbeiter gedungen hat, welche die Erben, auf welche das Privilegium oder Gewerb nicht übergeht, nicht mehr gebrauchen können. — Da nun bey dem Eintreten ähnlicher Umstände selbst der Erblasser zu nichts mehr, als der eigentlichen Schadloshaltung verhalten werden könnte, so können es nm so weniger seine Erben. — Da nun der gegenwärtige §. nicht unterscheidet, ob die Erben den Vertrag ledig-

lich nicht fortsetzen wollen; oder ob sie ihn wegen der veränderten Umstände nicht fortsetzen können, in beyden Fällen aber die Verpflichtung zum Ersatze für den Erblasser verschieden ist, — so wird sich hier auch nur des allgemeinen Ausdruckes „Schadloshaltung" bedient, und man kann nicht behaupten, daß dieser Ausdruck hier im engeren Sinne, nähmlich für eigentliche Schadloshaltung zu nehmen sey (§. 1324).

§. 1163.

Ausdehnung dieser Vorschriften auf Rechtsfreunde, Aerzte und dergleichen

Die hier aufgestellten Vorschriften gelten auch von Rechtsfreunden, Aerzten und Wundärzten, Factoren, Provisoren, Künstlern, Lieferanten und anderen Personen, welche sich für ihre Bemühungen einen Gehalt, eine Bestallung, oder sonst eine Belohnung ausdrücklich, oder stillschweigend ausbedungen haben, in so fern hierüber keine besonderen Vorschriften bestehen.

1) Die meisten Menschen leben, wie v. Zeiller bemerkt, von der Verwendung ihrer körperlichen oder Geisteskräfte, wodurch sie mannigfaltige Verkehrsgegenstände zu Stande bringen, oder Arbeiten unter Aufsicht und auf Bestellung Anderer gegen Lohn verfertigen, oder in Privatverhältnissen unmittelbar die Zwecke ihrer Mitbürger gegen Entgeld befördern. Die in dem gegenwärtigen §. erwähnten Stände gehören vorzüglich zur letzteren Classe. Das Entgeld, welches sie für ihre edleren, nicht bloß in Anwendung mechanischer Kräfte bestehenden Bemühungen empfangen, wird Ehren halber nicht Lohn, sondern Belohnung, Honorar, Remuneration, und wenn es bleibend ist, Bestallung, Gehalt u. dgl. genannt.

2) Den Nahmen abgerechnet, ist das Rechtsverhältniß dieser Personen mit jenen, denen sie ihre Bemühungen widmen, von dem aus einem ausdrücklichen oder stillschweigenden Lohnvertrage entspringenden Rechtsverhältnisse wenig verschieden, folglich nach ähnlichen Vorschriften zu beurtheilen. Oft sind die

hier erwähnten Personen, wie z. B. Rechtsfreunde, Agenten (§. 1003), zugleich als Bevollmächtigte ihrer Besteller, mit Anderen Rechtsgeschäfte abzuschließen berechtigt, und in dieser Eigenschaft ist auch bereits von diesen Personen in dem Hauptstücke von der Bevollmächtigung gehandelt. — In so fern nun die Advocaten oder Agenten lediglich als Machthaber ihrer Besteller handeln, sind ihre Rechte und Verpflichtungen aus den im zwey und zwanzigsten Hauptstücke enthaltenen Vorschriften, in so fern sie aber außer diesem Verhältnisse erscheinen, nach den im gegenwärtigen Hauptstücke vorkommenden Bestimmungen zu beurtheilen. Diese Bemerkung ist da von practischer Wichtigkeit, wo die Vorschriften über Bevollmächtigung von denen über den Lohnvertrag abweichen und sich entgegen stehen; welches unter anderen dann der Fall ist, wenn es sich um Auflösung des Vertrages handelt. Jemand vertraut z. B. einem Rechtsfreunde die Führung eines Prozesses an. Werden nun die hieraus hervorgehenden Rechte und Pflichten nach den Vorschriften über den Bevollmächtigungs-Vertrag beurtheilt; so steht es sowohl dem ersteren frey, auch vor Vollendung des Prozesses diese Geschäftsführung den bestellten Advocaten abzunehmen, und an einen anderen zu übertragen, als auch dem letzteren, die Vollmacht aufzukünden (§§. 1020 u. 1022). Würden sie aber nach den Vorschriften über den Lohnvertrag beurtheilt, so kann ohne rechtmäßigen Grund weder der Advocat die Führung des Prozesses aufgeben, noch kann er von seinem Besteller verabschiedet werden (§. 1160). Ein gewöhnlicher Conflict dieser gesetzlichen Bestimmungen ergibt sich, wenn derjenige, der den Advocaten bestellte, stirbt. — Denn nach den Vorschriften über den Bevollmächtigungsvertrag wird dadurch der Vertrag aufgelöset (§. 1022), während nach den Vorschriften über den Lohnvertrag die Erben des Verstorbenen zur Fortsetzung des Vertrages oder Entschädigungsleistung verpflichtet sind (§. 1162). Ueberhaupt muß hier bemerket werden, daß, da nach Vorschrift des gegenwärtigen Gesetzbuches ein Vollmachts-Vertrag auch gegen Vergeltung geschlossen werden kann (§. 1004), der ursprüngliche Bevollmächtigungsvertrag dadurch in keinen

Lohnvertrag umgewandelt werde, weil dabey eine Belohnung bedungen wurde. — Im Zweifel, ob die Rechte und Pflichten des Bestellers oder des Bestellten nach den Vorschriften über die Bevollmächtigung, oder nach denen über den Lohnvertrag beurtheilet werden sollen, ist also vorzüglich darauf Rücksicht zu nehmen, ob das dem Bestellten anvertraute Geschäft ein solches ist, welches eigentlich der Besteller selbst verrichten sollte, und das sohin der Bestellte nur in dessen Nahmen verrichtet, oder ob dieses nicht der Fall ist. — Im ersten Falle kommen die Vorschriften über den Bevollmächtigungsvertrag, im zweyten die über den Lohnvertrag in Anwendung. — So liegt z. B. die Führung eines Prozesses dem Besteller selbst ob, und indem der Advocat dieses Geschäft besorgt, handelt er daher bloß in Nahmen des Bestellers. Es sind daher in dieser Beziehung seine Rechte und Verbindlichkeiten nach den Vorschriften über den Bevollmächtigungsvertrag zu beurtheilen. — Bestellt aber Jemand von einem Advocaten über einen bestimmten Rechtsfall ein Gutachten, so kommen die Vorschriften über den Lohnvertrag in Anwendung. Uebrigens können in vielen Fällen die letztern Vorschriften bey onerosen Bevollmächtigungsverträgen analogisch in Anwendung kommen, da sich in vielen Beziehungen die Aehnlichkeit dieser beyden Verträge nicht in Abrede stellen läßt.

3) Die ärztlichen Bemühungen haben das eigene, daß sie auf die Person des Bestellers eingeschränkt sind. — Sie müssen daher ihrer Natur nach mit dem Tode des Letzteren aufhören; und die Vorschrift des §. 1162, daß, wenn der Besteller einer Arbeit stirbt, seine Erben den Vertrag fortsetzen müssen, leidet hier ganz natürlich keine Anwendung. Wenn daher Jemand einem Arzte eine jährliche Bestallung für seine Bemühungen ausgeworfen hat, und derselbe stirbt, so sind die Erben allerdings verpflichtet dem Arzte einen verhältnißmäßigen Theil der Bestallung zu verabreichen, sie können aber nicht gehalten werden, den Vertrag fortzusetzen, oder demselben den ferneren Entgang des Gewinnes zu vergüten.

4) Das preußische Landrecht enthält [1]) in Ansehung der für gemeinnützige Arbeiten ausgesetzeen öffentlichen Prämien ausführliche Bestimmungen. — Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt in seinem Commentare, daß auch für solche Arbeiten die im gegenwärtigen Hauptstücke ertheilten Vorschriften anwendbar seyen. So richtig diese Behauptung im Allgemeinen ist, so ergeben sich in der Anwendung doch manche Eigenthümlichkeiten, daher soll dieser Gegenstand hier einer kurzen Erörterung unterzogen werden.

Es ist ohne Zweifel Jedermann erlaubt, auf nützliche Geistesarbeiten, oder gemeinnützige körperliche Fähigkeiten oder Unternehmungen, öffentliche Belohnungen auszusetzen. Durch das Aussetzen eines solchen Prämiums wird nun ein Versprechen gemacht; durch das bloße Versprechen wird aber noch kein Vertragsverhältniß gegründet, sondern dieses setzt die Annahme desselben voraus. — Die Vorschrift des §. 862, wann ein Versprechen angenommen werden müsse, hat offenbar keine Anwendung, weil dieser §. bestimmte Personen voraussetzt, denen das Versprechen gemacht wird, was hier nicht der Fall ist. — Allein es darf nicht übersehen werden, daß der §. 362 den Zeitpunct zur Annahme des Versprechens nur für den Fall festsetzet, wenn in dem Versprechen selbst kein Zeitraum bestimmt worden ist; da nun bey solchen öffentlichen Ausschreibungen auch immer der Termin festgesetzt wird, binnen welchem das Werk zu liefern ist, und da in solchen Fällen die Annahme des Versprechens auf keine andere Art, als die Lieferung des Werkes selbst, auf welches die Prämie gesetzt ist, erkläret wird, so ist der in der öffentlichen Ausschreibung für die Lieferung des Werkes ausgesetzte Termin zugleich als derjenige anzusehen, der für die Annahme des Versprechens festgesetzt wird. — Die Vorschrift des preußischen Landrechts, daß derjenige, welcher dergleichen Prämien aussetzt, sein Versprechen vor dem Ablaufe der bestimmten Zeit nicht zurücknehmen könne, gilt also auch hier. Da es naturwidrig ist, daß Jemand sich selbst ein Versprechen und mit sich einen Vertrag eingehe, so kann das ge-

1) I. Th., 11 Tit., 8. Absch., §§. 988 — 995. Sie sind, wie das Resultat zeigen wird, auch in Oesterreich größtentheils anwendbar.

machte Versprechen nur auf Andere bezogen werden; es kann daher der Aussetzer des Prämiums, wenn er sich dieses bey der Bekanntmachung nicht ausdrücklich vorbehalten hat, sich auch nicht selbst in dem Wettstreit mit einlassen. Wer sich nicht zu rechter Zeit, oder nicht mit den vorgeschriebenen Maßregeln als Mitwerber gemeldet hat, kann auf den Preis keinen Anspruch machen. — Da in der öffentlichen Kundmachung demjenigen der Preis zugesichert wird, dessen Werk sich unter denjenigen Mitwerbern, die sich zur rechten Zeit und unter den vorgezeichneten Maßregeln melden, am meisten auszeichnet; so kann selbst derjenige, der den Preis ausgesetzt hat, keinen Mitwerber, der die festgesetzten Bedingungen der Mitwerbung nicht erfüllt, zum Nachtheile der übrigen zulassen. — Eben so geht aus der Natur dieses Geschäftes hervor, daß sich sämmtliche Mitbewerber ohne Widerrede und weitere Berufung dem Urtheile des Aussetzers, oder dem von diesem gleich bey Bekanntmachung der Aufgabe ernannten Richter unterwerfen müssen. — Wenn in der Bekanntmachung nicht das Gegentheil ausdrücklich verfügt ist, so bleibt das Eigenthum der von einem jeden gelieferten Arbeit ihrem Urheber, und der Aussetzer des Preises kann sich darüber keine andere Verfügung anmaßen, als die er sich bey der Bekanntmachung ausdrücklich vorbehalten hat, oder die aus dem erklärten Zwecke der Aufgabe von selbst folgt [1]).

§. 1164.

2) Verlagsvertrag.

Durch den Vertrag über den Verlag einer Schrift wird Jemanden von dem Verfasser das Recht ertheilt, dieselbe durch den Druck zu vervielfältigen und abzusetzen. Der Verfasser begibt sich dadurch des Rechtes, das nähmliche Werk einem Andern in Verlag zu überlassen.

1) Der Verlagsvertrag hat ganz eine eigenthümliche Natur, und obschon er sowohl mit dem Bevollmächtigungs- als

1) Siehe die oben citirten §§. aus dem preußischen Landrechte.

mit dem Lohnvertrage einige Aehnlichkeit hat; so kann er doch nicht durchgehends nach jenen gesetzlichen Bestimmungen beurtheilet werden, welche für den einen oder anderen Vertrag aufgestellt sind. — Aus diesem Grunde wird auch dieser Vertrag in dem gegenwärtigen Gesetzbuche, so wie es im preußischen Landrechte geschieht, als eine eigene Vertragsart abgehandelt [1]).

2) Die Verbreitung einer Schrift durch den Druck hat nähmlich das Eigene, daß die dazu erforderlichen Kosten nur durch den Absatz einer gewissen Anzahl Exemplare hereingebracht werden können. Die vorzüglichste Bemühung bey der Druckerey, die den meisten Zeitaufwand, und die vorzüglichste Geschicklichkeit und Fertigkeit erfordert, besteht in dem Zusammensetzen der Lettern, und der dießfalls erforderliche Kostenaufwand ist daher ganz gleich, ob nur ein Exemplar, oder ob Tausende derselben gedruckt werden. Vorausgesetzt nun, daß alle Exemplare Absatz finden, so ist der Kostenpreis eines einzigen Exemplars (in dieser Beziehung) gleich dem Kostenaufwande, den das Setzen erforderte, dividirt durch die Anzahl der gedruckten Exemplare. Der Verleger muß daher bey Bestimmung des Preises, um welchen er die einzelnen Exemplare dem Publikum anbiethet, auf die Wahrscheinlichkeit Rücksicht nehmen, wie viel er solche Exemplare absetzen wird, und nach Maßgabe dieser Berechnung sich zu dem Entschlusse bestimmen, wie viel Exemplare er auflegen lasse. Ich glaubte hier diese, obgleich hinlänglich bekannte Bemerkung vorausgehen lassen zu müssen, weil sie zur bessern Einsicht in die dem Verlagsvertrage eigenthümlichen gesetzlichen Bestimmungen beyträgt.

3) Der vorzüglichste Zweck des Schriftstellers im echten Sinne des Wortes ist, seine Gedanken dem Publikum mitzutheilen. Das Mittel hierzu ist, daß er diese Gedanken zu Papier bringt, und diese Schrift dann durch den Druck vervielfältiget, und das Publikum in die Lage setzet, sich die gedruckten Exemplare zuzueignen. Dieses Geschäft nun, die Gedanken des Schriftstellers dem Publikum durch den Druck der Schrift

1) In dem Code Napoleon wird dieselbe übergangen.

bekannt zu machen, übernimmt nun in dessen Nahmen der Verleger. In dieser Beziehung gleicht nun der Verlagsvertrag ganz einem Bevollmächtigungsvertrage. Der pecuniäre Vortheil, den der Schriftsteller gewöhnlich nebstbey noch bezielet, ist bloß secundär, und gehört zur Wesenheit des Verlagsvertrages nicht. Auf der anderen Seite gehört das Verlegen einer Schrift in der Regel unter jene bürgerlichen Beschäftigungen, welche dazu bestimmt sind, sich die Mittel zu einem anständigen Lebensgenusse zu verschaffen. Der Verleger erwartet daher von dem Absatze des Werkes nicht nur die vollständige Vergütung seiner Auslagen, sondern auch einen angemessenen Gewinn. Diese Bemerkung rechtfertigt den das Recht des Machthabers beschränkenden Beysatz, daß sich der Verfasser des Rechtes begebe, das nähmliche Werk einem Anderen in Verlag zu überlassen, obschon sein vorzüglichster Zweck der größtmöglichsten Verbreitung seiner Gedanken dadurch vielleicht sicherer erreicht würde. — Denn da der Buchhändler die Vergütung seiner Kosten und den gehofften bürgerlichen Gewinn nur durch den Absatz einer bestimmten Anzahl der Exemplare erreichen kann, er aber nie auf einen bestimmten Absatz rechnen könnte, wenn auch ein Anderer sich mit dem Absatze solcher Exemplare beschäftigte; so wäre ohne diese Beschränkung der Verleger sehr beeinträchtiget, ja, es könnte sich ohne dieselbe Niemand zur Uebernahme des Verlages entschließen.

4) Aus der vom Gesetze aufgestellten Erklärung eines Verlagsvertrages folgt auch, daß dem Verleger nicht, wie dem Käufer das Eigenthum der Schrift, welches vielmehr dem Verfasser verbleibt, sondern bloß ein eingeschränktes Benützungsrecht derselben zustehe. — Es darf daher auch der Verleger sich nicht ermächtigen, die Schrift zu vernichten, oder durch Zusätze, Weglassung und Veränderungen über die Substanz der Schrift zu verfügen [1]). Da übrigens der Verleger in gewisser Beziehung als ein Bevollmächtigter des Verfassers anzusehen ist, so folgt, daß er in der Regel sein Verlagsrecht nicht an einen Dritten

1) Siehe den practischen Commentar zum allgemeinen Landrechte für die preußischen Staaten. Von Dr. Gustav Alexander Bielitz. 2. B., S. 733.

abtreten könne, und in so fern er es doch thun sollte, er für den Erfolg verantwortlich bleibe (§. 1010).

5) Uebrigens kann der Verlagsvertrag nach österreichischem Rechte sowohl mündlich als schriftlich geschlossen werden, und die Verschiedenheit der Form macht in Ansehung der gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten keinen Unterschied.

§. 1165.

Rechte und Pflichten zwischen dem Verfasser und Verleger.

Der Verfasser ist verbunden, das Werk der Verabredung gemäß zu liefern, und der Verleger, gleich nach geliefertem Werke die bedungene Belohnung zu entrichten.

1) Zwischen dem Verfasser und Verleger werden gewöhnlich verschiedene Puncte verabredet, als: über den Inhalt und Umfang des Werkes, die Zahl der Exemplare und Form des Abdruckes, über die Zeit der Uebergabe des vollständigen Werkes, oder einer Theillieferung, und die Entrichtung einer Belohnung für dasselbe überhaupt, oder nach der Bogenzahl u. dgl.

2) Jeder Theil hat nun das Recht auf die Erfüllung der Puncte, die er sich ausbedungen hat, zu dringen, für die Uebertretung Schadloshaltuug zu begehren, und die Erfüllung zu verweigern, bis der andere Theil seine Pflicht erfüllet hat, oder sie zu erfüllen bereit ist (§. 1052). Insbesondere kann also der Verleger darauf dringen, daß die Schrift der Verabredung gemäß, in der festgesetzten oder einer angemessenen Zeitfrist (§. 904) übergeben werde, und der Verfasser kann fordern, daß das Werk in der bedungenen Form abgedruckt, die vorgeschriebene Zahl der Exemplare nicht überschritten, und die Belohnung pünctlich geleistet werde.

3) Diesen aus dem Commentare des Herrn Hofrathes v. Zeiller entlehnten, übrigens ganz aus der Natur dieses Vertragsverhältnisses fließenden Bemerkungen glaube ich noch folgende zugesellen zu müssen. Hat der Verfasser dem Verleger ein Werk in den Verlag übergeben, ohne sich hiefür eine Belohnung auszubedingen; so ist ihm der Verleger auch keine zu leisten schul-

dig [1]). Ist zwar eine Belohnung bedungen, jedoch der Betrag derselben in keiner Art (Nr. 1.) bestimmt worden; so wäre sie über Einvernehmen von Sachverständigen nach der Analogie des §. 1142 durch den Richter zu bestimmen. Ist keine ausdrückliche Verabredung über die Zeit, wann die Belohnung zu entrichten sey, getroffen worden; so muß sie nach Vorschrift des gegenwärtigen §. gleich nach geliefertem Werke entrichtet werden. Nur versteht es sich von selbst, daß das Manuscript bereits von der Censur zum Drucke zugelassen seyn müsse, weil sich der Verleger nur unter der stillschweigenden Bedingung verbindlich macht, das Werk in den Verlag zu übernehmen, wenn von Seite der Staatsverwaltung die Bewilligung zum Drucke ertheilt seyn wird. — Bevor diese Bedingung nicht erfüllt ist, ist auch der Verlagsvertrag noch nicht zur Reife gediehen; und es kann daher auch der Verleger nicht gehalten seyn, die bedungene Belohnung für ein Werk zu entrichten, von dem es noch ungewiß ist, ob er dasselbe durch den Druck vervielfältigen dürfe.

§. 1166.

Wird das Werk von dem Schriftsteller zur bestimmten Zeit, oder auf die festgesetzte Art nicht geliefert; so kann der Verleger zurücktreten, und wenn die Ablieferung aus Verschulden des Verfassers unterbleibt, die Schadloshaltung fordern.

1) Die Vorschrift des gegenwärtigen §. ist als eine Ausnahme von der im §. 919 aufgestellten Regel, daß der eine Contrahent wegen nicht gehöriger Erfüllung des Vertrages von Seite des anderen Contrahenten nicht die Aufhebung, sondern nur die genaue Erfüllung des Vertrages und Ersatz fordern könne, anzusehen. Der Grund dieser Ausnahme liegt, wie aus dem Commentare des Herrn Hofrathes v. Zeiller zu entnehmen ist, in der Betrachtung, daß dem Verleger wegen der Gewißheit und Schnelligkeit des ihn für die Kosten entschädigenden Absatzes

1) Die Ausnahme siehe man bey §. 1170.

einerseits oft sehr daran gelegen sey, daß das Werk in der bestimmten oder angemessenen Zeit, und sowohl in Rücksicht des Gehaltes als der Form oder des Umfanges der Verabredung gemäß geliefert werde, daß aber andererseits der Zwang in diesem Verhältnisse oft ein unsicheres und unschickliches Mittel zum Zwecke sey. — Man kann auch den gegenwärtigen §. nicht dahin auslegen, als ob es in der Willkühr des Verlegers stehe, den Schriftsteller mit Zwang zur Lieferung zu verhalten, oder von dem Vertrage zurückzutreten; sondern er ist einzig zum letzteren, verbunden mit der Befugniß Entschädigung zu fordern, berechtigt. — Diese Behauptung fließt schon aus der Natur des Verlagsvertrages nach den §. 1164 gemachten Erörterungen. — Nur dem Verfasser liegt daran, daß seine Gedanken dem Publikum mitgetheilt werden; dem Verleger nur an der Vergütung der Kosten, und Beziehung eines angemessenen Gewinnes. — Wird ihm nun beydes vergütet, so ist gar kein Grund vorhanden, dem Verfasser Zwang anzuthun, seine Gedanken dem Publikum mitzutheilen. — Gegen volle Genugthuungsleistung ist daher auch der Verfasser jederzeit berechtigt, von dem Vertrage zurückzutreten. — In welchen Fällen aber diese zu leisten ist, und in welchem sich der Verleger mit der eigentlichen Schadloshaltung begnügen müsse, wird unten Nr. 4 vorkommen.

2) Der gegenwärtige §. redet eigentlich von dem Falle, als die Zeit bestimmt worden ist, wann die Ueberlieferung des Werkes geschehen soll. Ist die Zeit in dem Vertrage nicht festgesetzt worden, ist sie sohin unbestimmt; so muß sie, bevor der Verleger von dem Vertrage zurücktreten kann, erst in eine bestimmte Zeit umgewandelt werden. Dieses geschieht dadurch, daß der Verleger auf die Bestimmung des Zeitpunctes dringe, und wenn er und der Verfasser sich über diesen Zeitpunct nicht vereinigen könnten, er im Wege Rechtens das Gericht zur Bestimmung dieses Zeitpunctes auffordere (§. 904 des b. G. B. und §. 300 der a. G. O.). Das Petitum der Klage kann in diesem Falle auch nicht dahin gerichtet seyn, daß der Verfasser das Werk binnen der zu bestimmenden Zeit bey Vermeidung der Execution lie-

ferne; es muß dahin lauten, daß zu Recht erkannt werde, der Verfasser sey schuldig, das Werk bis zur (in dem Urtheile zu bestimmenden) Zeit zu liefern, widrigens dessen der Verleger von dem Vertrage zurückzutreten berechtiget, und ihm das Recht, Entschädigung zu fordern, vorbehalten sey.

3) Die in Oesterreich bestehende Anordnung, daß jedes Werk, bevor es gedruckt wird, der Censursbehandlung unterzogen werden müsse, erregt hier den Zweifel, ob, wenn in dem Vertrage bloß im Allgemeinen die Zeit bestimmt ist, wann das Werk geliefert werden müsse, hierunter bloß die Zeit, wann der Verfasser das Werk vollendet haben müsse, zu verstehen sey, oder ob der Verfasser verpflichtet sey, das bereits censurirte Werk binnen dieser Zeit an den Verleger zu überliefern. — Für die Behauptung, daß hierunter bloß die Zeit, wann der Verfasser das Werk vollendet haben müsse, zu verstehen sey, läßt sich anführen, daß nur die Erfüllung dieser Zusicherung der Regel nach in der Macht des Verfassers liege; denn daß bis zur bestimmten Zeit auch die Bewilligung der Staatsverwaltung zur Drucklegung dieses Werkes erfolge, hängt weder von dem Willen noch der Macht des Verfassers ab; es ist daher auch nicht anzunehmen, daß er bey Bestimmung der Zeit, wann er das Werk liefern werde, den Zeitpunct könne verstanden haben, wann die Bewilligung zur Drucklegung erfolgt. Dagegen lassen sich für die entgegengesetzte Behauptung folgende Gründe anführen: a) In dem vorhergehenden §. 1165 ist, wie bey Erläuterung desselben gezeigt worden ist, unter dem Zeitpunct der Ablieferung des Werkes jener zu verstehen, wann das Werk mit der Bewilligung zur Drucklegung versehen, dem Verleger eingehändiget wird. — Es kann daher in dem dieser Gesetzesstelle zunächst nachfolgenden §. unter der Zeit der Ablieferung kein anderer Zeitpunct verstanden werden. b) Dem Verleger ist nicht so viel an der Bestimmung des Zeitpunctes, wann das Werk vollendet seyn wird, als an der Festsetzung desjenigen gelegen, wann er mit der Drucklegung desselben beginnen könne, weil er nach diesem Zeitpuncte die Voranstalten treffen muß. c) Liegt es überhaupt dem Verfasser ob, dem Verleger das Werk in

einer solchen Gestalt zu liefern, daß der Verleger sein Versprechen, dasselbe durch den Druck zu vervielfältigen und abzusetzen, in Erfüllung bringen kann. So lange nun das Werk hierzu nicht geeignet ist, kann es nicht als ganz vollendet angesehen werden. — Wenn daher der Verleger eine Zeit bestimmt, wann das Werk geliefert werden soll, so will er offenbar, daß das Werk um diese Zeit zur Drucklegung geeignet sey. d) Die größere oder geringere Schnelligkeit, in welcher die Bewilligung zur Drucklegung erfolgt, hängt größtentheils auch von dem Stoffe, den das Werk behandelt, und von den Anständen ab, die darin entdecket, und die sohin vor der Drucklegung beseitiget werden müssen. — Es liegt daher zum Theile auch in der Macht des Schriftstellers, die Censursbehandlung zu beschleunigen oder zu verzögern; auch ist er mehr als der Verleger in der Lage beurtheilen zu können, wann nach dem gewöhnlichen Geschäftsgange mit Berücksichtigung des Inhaltes der Schrift die Druckbewilligung erfolgen werde. — Diese Gründe bestimmen mich der Meinung derjenigen mich anzuschließen, welche dafür halten, daß bey der Bestimmung des Zeitpunctes der Ablieferung derjenige zu verstehen sey, wo das Werk mit der Bewilligung zur Drucklegung versehen dem Verleger eingehändigt werden soll.

4) Indem der Verfasser verspricht, das Werk binnen einer bestimmten Zeit zu liefern, nimmt er auch die Haftung für die pünctliche Ablieferung des Werkes auf sich. — Er ist daher, wenn sie aus seinem Verschulden nicht geschieht, hierfür verantwortlich. Daher die am Schlusse des gegenwärtigen §. vorkommende Anordnung, daß der Verleger, wenn die Ablieferung aus Verschulden des Verfassers unterbleibt, die Schadloshaltung fordern könne. Indessen liegt nicht dem Verleger der Beweis ob, daß die Ablieferung des Werkes aus Verschulden des Verfassers unterblieben sey; sondern es hat vielmehr der Verfasser, der ein solches Verschulden in Abrede stellt, seine Schuldlosigkeit auszuweisen (§. 1298). Die Schadloshaltung beschränkt sich entweder auf den Ersatz des eigentlichen Schadens, oder dehnet sich auch auf den Entgang des Gewinnes aus. Letzteren kann der Verleger fordern, wenn der Verfasser ohne rechtmäßi-

gen Grund seinen Plan aufgegeben, oder aus offenbarer Nachlässigkeit das Werk, das er bis zur bestimmten Zeit leicht hätte vollenden können, nicht geliefert hat. Der Entgang des Gewinnes ist nach dem wahrscheinlichen, von Sachverständigen zu beurtheilenden Absatze in Verbindung mit dem im Contracte eingegangenen Verpflichtungen auszumitteln. — In den übrigen Fällen hat der Schriftsteller dem Verleger nur für die fruchtlos gemachten Vorauslagen und Verrichtungen Ersatz zu leisten. — Ist ein zufälliges Hinderniß eingetreten, so bleibt zwar der Verleger immer berechtigt, von dem Verlage zurückzutreten; den daraus für den einen oder anderen Theil hervorgehenden Nachtheil aber hat jeder selbst zu tragen.

§. 1167.

Wenn die Zahl der Exemplare bestimmt worden ist; so muß der Verleger zu jeder neuen Auflage die Einwilligung des Verfassers einhohlen, und über die Bedingungen ein neues Uebereinkommen treffen.

1) Durch den Verlagsvertrag erwirbt der Verleger das Recht, die Schrift durch den Druck zu vervielfältigen und abzusetzen (§. 1164). Ist daher über die Art und Weise der Vervielfältigung und des Absatzes in dem Vertrage nichts besonders bestimmt worden, so hängt es ganz von der Willkühr des Verlegers ab, wie viel Exemplare er und ob auf einmahl, oder wiederhohlt auflegen lassen wolle. Hofft er einen großen Absatz, so wird er sich entschließen, eine bedeutende Anzahl verfertigen zu lassen; ist ihm der Absatz zweifelhaft, so wird er mit einer geringeren Anzahl den Versuch machen, in der Absicht, wenn dieser glücklich ausfallen sollte, neuerdings eine Anzahl Exemplare nachdrucken zu lassen, d. i. eine neue Auflage zu veranstalten. Hat sich daher in dem Verlagsvertrage der Verfasser nicht ausdrücklich vorbehalten, daß zu einer neuen Auflage seine Einwilligung eingehohlt werden müsse, und ist auch in demselben die Zahl der Exemplare der ersten Auflage nicht bestimmt

worden; so steht es dem Verleger frey, auch ohne ausdrückliche Einwilligung des Verfassers, neue Auflagen zu veranstalten.

2) Hat aber der Verfasser diesen Vorbehalt in dem Vertrage ausdrücklich beygerückt, oder hat er die Zahl der Exemplare bestimmt, aus denen die Auflage bestehen soll; so muß der Verleger, wenn er eine neue Auflage machen will, die Genehmigung des Verfassers hierzu einhohlen, und sich über die Bedingungen mit ihm einverstehen. Würde der Verleger gleich anfänglich, oder in der Folge eine größere Anzahl von Exemplaren eigenmächtig abdrucken; so wäre es eine Ueberschreitung seines Verlagsrechtes, und ein Eingriff in die Freyheit des Schriftstellers, wodurch der Letztere berechtiget wird, die Unterdrückung der überzähligen Exemplare, oder eine angemessene Schadloshaltung zu verlangen [1]).

3) Der gegenwärtige §. macht übrigens keinen Unterschied, ob der Verleger von dem Rechte, eine bestimmte Zahl der Exemplare abzudrucken, vollständig Gebrauch gemacht habe oder nicht. — Er hat daher für jeden Fall zu einer neuen Auflage die Bewilligung des Autors einzuhohlen. Wenn daher der Verleger, welchem von dem Verfasser das Recht eingeräumt worden ist, 1500 Exemplare abdrucken zu lassen, aus Besorgniß, den entsprechenden Absatz nicht zu finden, nur 1000 Exemplare auflegen ließ; so ist er, wie man vielleicht glauben könnte, nach Absatz derselben nicht berechtiget eine neue Auflage von 500 Exemplaren zu veranlassen. — Ist in dem Verlagsvertrage von dem Verleger keine Vorsehung getroffen worden, so steht dem Schriftsteller nach der vergriffenen Auflage auch frey, die neue Auflage einem anderen Verleger zu überlassen [2]).

§. 1168.

Will der Verfasser eine neue Ausgabe, mit Veränderungen in dem Inhalte des Werkes veranstalten; so ist darüber ebenfalls ein neuer

1) Siehe v. Zeiller's Commentar. Nr. 2.

2) Anders verhält sich dieses nach den Vorschriften des preußischen Landrechtes. I. Th., 11. Tit., §§. 1015 — 1016.

Vertrag zu schließen. Vor dem Absatze der Auflage aber ist der Verfasser nur dann zu einer neuen Ausgabe berechtiget, wenn er dem Verleger in Rücksicht der vorräthigen Exemplare eine angemessene Schadloshaltung zu leisten bereit ist.

1) Wenn ein neuer unveränderter Abdruck einer Schrift in eben demselben Formate veranlaßt wird; so heißt solches eine neue Auflage. Wenn aber eine Schrift in verändertem Formate, oder mit Veränderungen im Inhalte, von Neuem gedruckt wird; so wird solches eine neue Ausgabe genannt [1]). Daß der Verfasser, wenn er sein Werk dem Verleger gänzlich und für immer überlassen hat, zu keiner Zeit, und wenn das Recht auf eine Anzahl von Exemplaren, oder auf die erste Auflage beschränkt worden ist, wenigstens in so lange, als diese nicht abgesetzt worden, keine neue Auflage, oder auch keine neue Ausgabe, wenn durch solche nur in dem Formate eine Aenderung getroffen werden soll, veranstalten dürfe, erhellet aus dem vorgehenden §. — Anders verhält es sich, wenn der Verfasser eine neue Ausgabe veranstalten will, bey welcher Veränderungen im Inhalte vorgenommen werden sollen.

2) Die verschiedenen scharfsinnigen Ansichten, welche bey Beantwortung der Frage, in wie fern dem Schriftsteller das Recht eine neue Ausgabe mit Veränderungen in dem Inhalte zugestanden werden sollte, bey der Berathschlagung der Gesetzcommission dargelegt wurden, sind zu interessant, als daß ich mir nicht erlauben sollte, selbe aus dem Commentare eines der vorzüglichsten Mitglieder derselben hier aufzunehmen. Für die unbeschränkte Berechtigung des Schriftstellers zur Veranstaltung einer solchen Ausgabe wurde angeführt: Es sey dem Fortgange der Wissenschaften zuträglich, daß man dem Schriftsteller eine uneingeschränkte Freyheit einräume, wann immer eine veränderte, mit Zusätzen und neueren Erfindungen oder Entdeckungen bereicherte Ausgabe seines Werkes zu veranstalten, und nicht erst den Absatz der ersten Auflage abzuwarten, oder vor der Zeit

1) Man sehe das preußische Landrecht a. a. O. §§. 1011 u. 1012.

die Freyheit hierzu sich erst von dem Verleger erkaufen zu müssen. Letzterer werde bey Werken, die einer neuen Ausgabe würdig sind, gewöhnlich sehr bald durch einen starken, obgleich nicht vollständigen Absatz von Exemplaren der ersten Auflage reichlich entschädiget, und oft könne der minder schnelle Absatz nicht dem minderen inneren Werthe des Werkes, sondern nur der Schuld des Verlegers beygemessen werden, indem er eine übermäßige Anzahl von Exemplaren aufgeleget, oder das Werk schlecht gedruckt, nicht hinlänglich bekannt gemacht, oder einen zu hohen Preis gefordert hat. — Dagegen wurde aber erinnert, daß eine unumschränkte Freyheit zu neuen Auflagen die Verleger offenbar der Gefahr aussetze, durch Speculationen gewinnsichtiger Schriftsteller die erste Auflage bald in Maculatur umgeschaffen zu sehen. Bedeutende Zusätze oder Abänderungen könnten die Autoren noch immer insbesondere drucken lassen. Dadurch werde der Verleger des Hauptwerkes gesichert, und zugleich den Besitzern derselben der Vortheil gewähret, daß sie sich die nachgehohlten Verbesserungen ohne beträchtliche Kosten anschaffen können. Gänzliche, bedächtliche Umarbeiten aber fordern einen längeren Zeitraum, binnen welchen eine mäßige Auflage eines Werkes, die der Verfasser sich bedingen kann, meistens schon ganz vergriffen ist. — Eine Einschränkung der Freyheit des Schriftstellers in der Veranstaltung einer neuen Ausgabe schien also weder unpolitisch, noch widerrechtlich oder unbillig zu seyn. — Man fand es aber nicht räthlich einen Stufengang von Jahren nach dem Umfange und der Wichtigkeit der Werke zum Maßstabe zu wählen, weil man dadurch der Streitsucht der Parteyen, und der Willkühr des Richters in der Anwendung ein zu weites Feld zu eröffnen befürchtete. — Man beschloß demnach dem Schriftsteller gegen Leistung einer angemessenen Schadloshaltung in Rücksicht der noch vorräthigen Exemplare an den Verleger das Recht einzuräumen, eine neue Ausgabe mit Veränderungen im Inhalte des Werkes zu veranstalten.

3) Es entsteht nun aber hier die Frage, worin die angemessene Schadloshaltung zu bestehen habe? — Daß hierunter nicht der vollständige Ersatz des Laden- oder Buchhändlerpreises für jedes vorräthige Exemplar verstanden werden könne, darf

als ausgemacht angenommen werden. — Denn wäre dieses die Absicht des Gesetzgebers gewesen, so hätte es der gegenwärtigen Vorschrift gar nicht bedurft, indem es dem Verfasser jederzeit freysteht durch Ansichbringung der noch vorräthigen Exemplare den Fall einer neuen Auflage herbey zu führen. Auch würde sich hier der Gesetzgeber ganz gewiß bestimmt ausgesprochen, und sich nicht des unbestimmten Ausdruckes „angemessene" bedient haben. — Es ist aber hier schwer den Maßstab ausfindig zu machen, nach welchem die Entschädigung ausgemessen werden soll. — Herr Hofrath v. Zeiller sagt in seinem Commentare, daß diese Schadloshaltung mit Rücksicht auf den aus dem Absatze bereits bezogenen Ersatz der Kosten und den Gewinn im Ganzen zu bestimmen sey. — Allein in diesem Falle gibt der Beysatz in Rücksicht der vorräthigen Exemplare keinen guten Sinn. Denn es kann sich ergeben, daß der Verleger durch die bereits abgesetzten Exemplare nicht nur allein für seine Kosten entschädiget ist, sondern daraus selbst einen angemessenen Lohn gezogen hat. — Wäre nun die Behauptung des Herrn Hofrathes v. Zeiller richtig, so könnte der Verleger von dem Schriftsteller keinen Schadenersatz für die noch vorräthigen Exemplare, die er durch die neue Ausgabe an Mann zu bringen verhindert wird, ansprechen, was den Worten und auch dem Sinne des gegenwärtigen §. entgegen stehen würde, der dem Verfasser vor dem vollständigen Absatze der Auflage die Veranstaltung einer neuen Ausgabe nur gegen Schadloshaltung gestattet. — Ich bin daher der Meinung, daß in einem solchen Falle der wahre Werth der noch vorräthigen Exemplare durch Sachverständige erhoben werden müsse. Bey Bestimmung des eigentlichen Werthes muß zwar auf den Ladenpreis Rücksicht genommen werden, zugleich aber auch aus der bisherigen Schnelligkeit, mit welcher die übrigen Exemplare abgesetzt worden sind, die Schlußfolgerung auf die größere und mindere Wahrscheinlichkeit, ob und wie viele von den vorräthigen Exemplaren und binnen welcher Zeit um den festgesetzten Ladenpreis an Mann gebracht werden würden, gezogen, und aus dieser Vergleichung, verbunden mit der Betrachtung der Mühe und Gefahr der längeren Aufbewahrung, und der den Commis-

sionären wegen Absatz der Exemplare zugesicherten Belohnung der Vortheil ersichtlich gemacht werden, welcher dem Verleger dadurch zugehet, wenn ihm die vorräthigen Exemplare mit einem Mahle abgelöset werden. Die Summe des Ladenpreises nach Abzug dieses erörterten und in Geld anzuschlagenden Vortheiles wird nun die Summe bestimmen, welche der Verfasser dem Verleger zu vergüten hat. — Um meine Ansicht deutlich zu machen, glaube ich dieselbe mit einem Beyspiele beleuchten zu müssen. Setzen wir, es seyen von einem Werke noch 100 Exemplare vorhanden, und der Ladenpreis sey auf 3 fl. pr. Exemplar festgesetzt. — Die Sachverständigen bestimmen nun nach Maßgabe des bisherigen Absatzes und mit Berücksichtigung der übrigen Verhältnisse, daß diese 100 Exemplare wahrscheinlich in zehn Jahren abgesetzt werden würden, wobey man annehmen könne, daß jährlich 10 Exemplare an Mann gebracht werden. Wenn nun die gewöhnliche Benützung des Capitals zu 5. pCt. angeschlagen wird, so wird aus dem sogleichen Absatze jener 10 Exemplare, die erst nach einem Jahre abgesetzt würden, ein Interessengewinn von 1 fl. 30 kr., dann aus dem Absatze jener 10 Exemplare, deren Absatz erst nach zwey Jahren erfolgt wäre, ein solcher mit 3 fl. u. s. w., sohin, wenn man diese Berechnung fortsetzt, an gewonnenen Interessen für die Benützung des Capitals eine Summe von 82 fl. 30 kr. sich ergeben. Bringt man ferners den eigentlichen Buchhändler Rabbath, welcher für den Absatz der Bücher bezahlt zu werden pflegt, mit 25 von Hundert in Anschlag, so ergibt sich eine weitere Ersparniß von 75 fl. [1]). Endlich kommen auch noch die Kosten der Aufbewahrung und die Gefahr zu berücksichtigen, welche hinwegfallen, wenn die vorräthigen Exemplare sogleich abgelöset werden. Ich nehme diese für die zehn Jahre beyspielsweise auf 30 fl. an. Diese einzelnen Ersparnisse mit 82 fl. 30 kr. + 75 fl. + 30 fl. geben nun eine Summe von 187 fl. 30 kr. — Wird nun von der Summe des Ladenpreises der 100 vorräthigen Exemplare pr.

1) Wenn gleich der Verleger zugleich Buchhändler ist, und ihm daher auch ein Theil davon zu Guten kommen würde, so ist dieser Buchhändlergewinn doch von dem Verlagsgewinn zu unterscheiden, der eigentlich zu vergüten ist.

300 fl. — die Summe der Ersparnisse mit 187 fl. 30 kr. in Abrechnung gebracht; so ergibt sich, daß der Verfasser dem Verleger 112 fl. 30 kr. zu vergüten habe.

4) Der gegenwärtige §. macht übrigens hier keinen Unterschied, ob sich der Verfasser für eine neue Auflage das Recht vorbehalten, oder die Anzahl der aufzulegenden Exemplare bestimmt habe, oder ob keines von beyden der Fall ist. Das Recht, eine neue Ausgabe mit Veränderungen in dem Inhalte des Werkes zu veranstalten, bleibt ihm daher in jedem Falle gegen Leistung einer Schadloshaltung vorbehalten. — Hätte aber der Verleger zu einer neuen Auflage, zu der er nach §. 1167 Nr. 1. berechtigt ist, bereits Voranstalten getroffen, und er würde an derselben durch die von dem Verfasser selbst veranstaltete neue Ausgabe verhindert; so könnte der Verfasser allerdings angehalten werden, dem ersteren in Ansehung der bereits gemachten Auslagen zu entschädigen.

§. 1169.

Die Rechte des Schriftstellers in Rücksicht einer neuen Auflage oder Ausgabe gehen auf seine Erben nicht über.

1) Der Grund dieser Beschränkung liegt, wie aus dem Commentare des Herrn Hofrathes v. Zeiller zu entnehmen ist, in der Betrachtung, daß das Recht des Schriftstellers zu einer neuen Ausgabe auf persönlichen Eigenschaften und Voraussetzungen beruhe, indem er vor allen anderen die Fähigkeit, die Kenntnisse und das vorzüglichste Interesse habe, sein Werk zu verbessern, den von ihm entworfenen Plan seines Werkes zu vervollständigen, seine Gedanken mehr zu entwickeln und anschaulicher zu machen, seine Lehren und Meinungen gegen Mißverständnisse und Einwürfe fester zu begründen u. dgl., welche Voraussetzungen und Eigenschaften aber auf die Nachfolger nicht vererbt werden. — Freylich passet dieser Grund nur auf eine neue Ausgabe, welche mit Veränderungen in dem Inhalte des Werkes veranstaltet wird, und nicht auf eine bloße neue Auflage, welche lediglich in einem neuen unveränderten Abdrucke der Schrift besteht. —

Allein es muß hier berücksichtiget werden, daß der Schriftsteller sehr oft nur deßwegen eine mäßigere Anzahl von Exemplaren der früheren Auflage sich bedingt, weil er die Absicht hat, vorerst die Meinung des Publikums einzuhohlen, um daraus zu ersehen, ob er das Werk in seiner Gestalt unverändert belassen, oder eine Verbesserung oder Vermehrung in dem Inhalte vornehmen soll, woran er durch seinen Tod verhindert wird. — Hierzu gesellet sich noch die Betrachtung, daß sich ohne ein besonderes Uebereinkommen nicht wohl eine Gränze bestimmen lasse, wie weit dieses Recht vererblich seyn soll, ob bloß auf den nächsten gesetzlichen oder testamentarischen Erben, oder auch auf die entfernteren Erbeserben, und bis auf welchen Grad; und daß weder der Staat, noch das Gedeihen der Wissenschaften und die Verbreitung der Lectüre ein Interesse daran haben, wenn wichtigere, gesuchtere, den Tod des Schriftstellers überlebende Werke durch das fortgesetzte Recht der Erben auf ein Honorar im höheren Preise erhalten werden.

2) Da der §. nicht ausdrücklich sagt, daß das Recht, eine neue Auflage oder neue Ausgabe zu veranstalten auf den Verleger übergehe; so könnte man zur Folgerung verleitet werden, daß nach dem Tode des Schriftstellers dieses Recht gleichsam als ein freystehendes auf denjenigen übergehe, welcher davon zuerst Gebrauch machen will. — Allein diese Folgerung wäre sicherlich irrig; denn durch den Verlagsvertrag im Allgemeinen hat der Verleger das ausschließende Recht erlangt, die ihm von dem Verfasser übergebene Schrift durch den Druck zu vervielfältigen und abzusetzen, gleichviel, ob er dieses durch eine einzige oder durch mehrere Auflagen bewerkstellige. — Die in den §§. 1167 u. 1168 enthaltenen Beschränkungen dieses dem Verleger eingeräumten Rechtes sind lediglich zu Gunsten des Schriftstellers festgesetzt; wenn nun diese Begünstigung wegfällt, so fällt auch für den Verleger die Beschränkung weg, und sein ihm durch den Verlagsvertrag an und für sich eingeräumtes Recht tritt nun wieder in volle Wirksamkeit.

3) Dem Schriftsteller steht es übrigens frey, das Recht, eine neue Auflage oder eine neue Ausgabe des Werkes zu ver-

anstalten, auch für seine Erben vorzubehalten. — Ist in dem Verlagsvertrage nicht besonders erkläret worden, welche Erben hierunter zu verstehen seyen, und ob dieses Recht auch auf die Erbeserben übergehen solle; so scheinen nach der Analogie des §. 529 nur die ersten gesetzlichen Erben darunter begriffen werden zu können. — Denn nach der Vorschrift des gegenwärtigen §. ist das Recht des Schriftstellers, eine neue Auflage oder Ausgabe zu veranstalten, als ein höchst persönliches Recht desselben erklärt, das so, wie eine persönliche Servitut, mit dem Tode desselben erlischt, und nur mittelst eines besondern Uebereinkommens auch auf die Erben ausgedehnt werden kann. — So wie also bey persönlichen Servituten die Erlöschung durch den Tod des Berechtigten eine natürliche Eigenschaft derselben ist, von welcher im Zweifel die geringste Abweichung vermuthet wird, so muß das nähmliche auch in Bezug auf die hier dem Schriftsteller zugesprochenen Rechte behauptet werden.

§. 1170.

Wenn ein Schriftsteller nach einem ihm von dem Verleger vorgelegten Plane die Bearbeitung eines Werkes übernimmt; so hat er nur auf die bedungene Belohnung Anspruch. Dem Verleger steht in der Folge das ganze freye Verlagsrecht zu.

1) In dem gegebenen Falle wird, wie v. Zeiller bemerkt, im Grunde der Schriftsteller von dem Verleger gedungen, ein Geisteswerk der Bestellung gemäß für einen ausdrücklich oder stillschweigend (§. 1152) verheißenen Lohn zu liefern. Dadurch wird der Besteller Eigenthümer des gelieferten Werkes, womit er frey zu verfügen berechtiget ist. — Er kann das Manuscript zum Drucke befördern, oder ungedruckt lassen; er bestimmt die Auflage und kann nach Belieben eine neue Auflage, oder auch eine neue Ausgabe allenfalls mittelst eines anderen Schriftstellers veranstalten. Ueberhaupt ist dieses Verhältniß nicht mit dem Verlagsvertrage (§. 1164) zu verwechseln, vielmehr nach dem obigen allgemeinen Rechtsverhältnisse zwischen einem Besteller und Bestellten (§§. 1151 — 1157) zu beurtheilen.

2) Aus der Natur dieses Vertragsverhältnisses ergibt sich demnach auch, daß, wenn der Verleger von dem Schriftsteller ein Werk bestellet, auch angenommen werde, daß er hierfür eine angemessene Belohnung stillschweigend zugesichert habe (§. 1152), was bey dem eigentlichen Verlagsvertrage keineswegs der Fall ist (§. 1165 Nr. 3). Dem Verfasser gebührt auch in diesem Falle der Lohn gleich nach vollbrachter Arbeit (§. 1156), und es ist hier Sache des Verlegers, die Bewilligung zum Drucke dieses Werkes zu erwirken. Der Verleger ist in diesem Falle auch verbunden dem Verfasser die benöthigten Materialien zu Verfassung dieses Werkes zu liefern, und in so fern der Verfasser dießfalls selbst Auslagen gemacht hat, ihm dieselben auch vor gänzlich vollendetem Werke zu vergüten (§. 1156). Der Verleger kann zwar auch nach geschlossenem Vertrage von seinem Plane zurücktreten, er muß aber dießfalls den Verfasser entschädigen (§. 1151 Nr. 1).

§. 1171.

Diese Vorschriften sind auch auf Landkarten, topographische Zeichnungen und musikalische Compositionen anzuwenden. Die Beschränkungen des Nachdruckes sind in den politischen Gesetzen enthalten.

1) Aus dem Commentare des Herrn Hofrathes v. Zeiller ist zu entnehmen, daß hier die Kupferstiche absichtlich und zwar in der Betrachtung weggelassen worden sind, weil sie selten, so wie ein Buch, ein reines, aus sich selbst geschöpftes Geistesproduct, sondern meistens bloß Copien von vorhandenen Gegenständen, Gemählden, Statuen u. dgl. sind, wobey die Schönheit des Stiches den Hauptwerth ausmachet. — Ein Nachstich von gleicher Schönheit sey nicht, gleich dem Nachdrucke eines Buches, eine bloß mechanische Arbeit, sondern ein gleiches Kunstwerk. — Da übrigens die erst nach Erscheinung des bürgerlichen Gesetzbuches erlassenen politischen Anordnungen, wie aus Nr. 3 zu ersehen ist, auch das Nachstechen und die Copirung von Kupferstichen als verbothenen Nachstich erklären, und das bürgerliche Gesetzbuch in

diesem §. in Ansehung des Nachdruckes auf die politischen Gesetze hinweiset; so müssen auch gegenwärtig die Kupferstiche als in die Vorschrift des gegenwärtigen §. begriffen gedacht werden.

2) In Ansehung des Büchernachdruckes erklärt das Hofdecret vom 13. Jänner 1781 [1]), daß es bey der unterm 17. Februar 1775 festgesetzten höchsten Verordnung, vermög welcher der den Wissenschaften, den Buchdruckern und dem Handel so schädliche Nachdruck der inländischen, und einem jeden rechtmäßigen Verleger zugehörigen Auflagen bey schwerer Strafe verbothen worden ist, sein gänzliches Verbleiben haben soll, dergestalt, daß nach dessem Sinne ein jeder inländische Verfasser eines Buches, oder der mit diesem wegen des Abdruckes des von ihm gemachten Werkes contrahirende inländische Verleger wider den Nachdruck auf das kräftigste geschützt, hingegen der Nachdruck fremder und erlaubter ausländischer Bücher einem jeden Buchdrucker als ein Geschäft frey gestattet werden soll, wenn gleich eben dieses Werk von einem oder mehreren inländischen Buchdruckern schon aufgelegt worden wäre. Vermög eines Beschlusses der deutschen Bundesversammlung vom 6. Sept. 1832 [2]) wird aber gegenwärtig zwischen den eigenen Unterthanen des österreichischen Kaiserstaates, in so weit derselbe zum deutschen Bunde gehört, und jenen der übrigen im deutschen Bunde vereinigten Staaten in Bezug auf die Behandlung des Nachdruckes kein Unterschied mehr gemacht, sondern die Herausgeber, Verleger und Schriftsteller eines Bundesstaates haben sich in Oesterreich des daselbst bestehenden Schutzes gegen den Nachdruck zu erfreuen.

3) Was eigentlich für Handlungen unter dem verbothenen Nachdrucke zu subsumiren seyen, hierüber hat sich das positive Gesetz nicht bestimmt ausgesprochen, und daher die Beurtheilung derselben in vorkommenden Fällen dem vernünftigen Ermessen des Richters überlassen. Ohne Zweifel ist Nachdruck dann vorhanden, wenn ein Werk ohne alle Veränderung des Inhaltes und unter den Nahmen des Autors, ohne Einwilligung desselben, oder dessen Verlegers neuerdings gedruckt wird. Ob in den nähm-

1) Handb. der Gesetze Joseph II. 1. Th., S. 512.
2) Wagn. Zeitsch. N. B., S. 504 u. 529. CLXIX. CLXXII.

lichen oder in einem anderen Formate ist einerley. Eine Herausgabe des nähmlichen Werkes mit bloßen Anmerkungen scheint gleichfalls als Nachdruck behandelt werden zu müssen; ebenso die Aufnahme einzelner gedruckter Schriften in ganze Sammlungen. — Uebrigens ist der Steindruck dem Nachdrucke mit Lettern gleich zu halten, und gleich dem verbothenen Nachdrucke zu behandeln [1]). Keinem erbländischen Kupferstecher ist erlaubt, den Kupferstich eines inländischen Künstlers nach den nähmlichen Zeichnungen, in dem nähmlichen Formate nachzustechen oder zu copiren; und da die Kupferstecherey und die Steindruckerey in so naher Kunstverwandtschaft stehen, so ist die in Betreff der Kupferstiche bestehende Anordnung auch auf den Steinstich auszudehnen [2]).

4) Da der Nachdruck unter Strafe verbothen ist, hiervon aber weder der 1. noch der 2. Theil des Strafgesetzbuches eine Erwähnung macht; so ist er als ein einfaches Polizeyvergehen zu behandeln, und mit einer arbiträren Strafe zu belegen. Als Maximum der Bestrafung dürfte die Verhängung einer Geldstrafe von 200 fl. angesehen werden. Denn da derjenige, der ein Werk, zu dessen Druck keine Censursbewilligung vorhanden ist, druckt, das erste Mahl mit einer Geldstrafe von 200 bis 500 fl. zu belegen ist [3]), und vermög Hofdecret vom 30. Sept. 1806 bey Uebertretungen, denen jene gefährlichen Eigenschaften fehlen, um nach dem zweyten Theil des Strafgesetzbuches behandelt zu werden, die darauf verhängte Strafe als die größte anzunehmen ist, welche die geringste wäre, wenn diese Handlung in der Eigenschaft einer schweren Polizey-Uebertretung zu bestrafen seyn würde; so kann derjenige, der das Verboth des Nachdruckes nicht achtet, zu keiner größeren, als der obenerwähnten Geldstrafe verurtheilet werden. Da übrigens das Verboth des Nachdruckes der Verhinderung des weiteren Absatzes des nachgedruckten Werkes der Na-

1) Hofk. Dec. vom 14. July 1825; P. G. S., 53. B., S. 139.

2) Hofk. Dec. vom 14. Aug. 1823; P. G. S., 51. B., S. 191. Da der obenerwähnte Beschluß der Bundesversammlung auch zum Schutze des Kunsthandels gegeben wurde; so gilt das Nr. 2 Erwähnte auch von den Kupfer- und Steinstichen.

3) St. G. B., II. Th., §. 57.

tur der Sache nach in sich begreift; so ist die Zerstörung des Schriftsatzes und der Verfall der Auflage oder der davon vorhandenen Exemplare mehr als eine natürliche Folge, als eine Bestrafung des Nachdruckes anzusehen. Uebrigens stehen die Amtshandlungen wegen des Nachdruckes der ersten politischen Instanz zu [1]).

§. 1172.

3) Vertrag zwischen Dienstherren und dem Gesinde.

Die Rechte und Pflichten zwischen den Dienstherren und dem Dienstgesinde sind in den besonders darüber bestehenden Vorschriften enthalten.

1) Das Verhältniß zwischen den Dienstherren und dem Dienstgesinde beruht zwar auf einem Vertrage und gehört daher in dieser Hinsicht dem Civilrechte an. Allein, da es zugleich auf den Wohlstand der Familien, auf die häusliche Sicherheit und Ordnung einen höchst wichtigen Einfluß behauptet; so glaubte man die Regulirung dieses Rechtsverhältnisses nicht der Civilgesetzgebung, sondern wegen des dabey vorzüglich obwaltenden öffentlichen Interesses der politischen Gesetzgebung überlassen zu müssen.

2) Da es indessen bey Regulirung dieses Verhältnisses sehr viel auf Orts- und Provinzial-Verhältnisse ankömmt, da in größeren Städten ganz andere Bedürfnisse in dieser Hinsicht rege werden, als auf dem Lande; so ist es auch ganz unthunlich ein für alle Provinzen und Ortschaften geltendes Gesetz in dieser Hinsicht zu erlassen. — Aus diesem Grunde hat sich auch die politische Gesetzgebung nur darauf beschränkt, für einzelne Provinzen und Städte dergleichen Verordnungen, unter der Benennung: „Dienstbothen-Ordnungen" zu erlassen.

3) Die für die verschiedenen Provinzen erlassenen Dienstbothen-Ordnungen theilen sich ein in Dienstbothen-Ordnungen für das Land- und für das Stadtgesinde. In Niederösterreich wurde das Dienstbothenwesen für das Land durch das Patent vom 27. März 1784 [2]) regulirt, und enthält folgende von dem über

1) Hofkanzl. Dec. vom 19. July 1825; P. G. S., 53. B., S. 139.
2) Handbuch der Gesetze Josephs II. 6. B., S. 27.

Verträge überhaupt und den Lohnvertrag insbesondere in dem bürgerlichen Gesetzbuche enthaltenen Bestimmungen abweichende Anordnungen:

Der Dienstbothen Vertrag kömmt so wie jeder andere durch das gegenseitige Einverständniß der Dienstherren und des Dienstbothen zu Stande, und wird gewöhnlich durch das sogenannte Darangeld, welches aber nie weniger als den zwanzigsten Theil des Lohnes betragen darf, und das von dem Dienstherrn bey der ersten Bezahlung wieder abgezogen werden kann, zu Stande [1]). — Der Dienstboth, welcher das angenommene Darangeld ohne rechtmäßige Ursache zurückgibt, und von dem Dienste, zu dem er sich bedingt hat, wegbleibt, ist nicht nur zur Einstehung zu verhalten, sondern auch noch nach Beschaffenheit der Umstände zu bestrafen [2]). Hätte ein Dienstboth von mehreren Dienstherren Darangeld genommen; so ist derselbe nach Umständen zu bestrafen, immer aber bey demjenigen einzustehen verbunden, von dem er das erste Darangeld erhalten hat. Das von dem zweyten erhaltene Darangeld ist er zurückzustellen schuldig. Falls aber der letztere Dienstherr von der ersten Aufdingung gewußt hat; so fällt nicht nur die Darangabe der Armencasse zu, sondern er ist auch noch mit einer besonderen Strafe anzusehen [3]). Bey dem Eintritte in den Dienst sind unverheirathete Dienstbothen schuldig, zur Sicherheit und Bedeckung des Diensthälters seine Truhen, oder was er sonst an Kleidung, Wäsche u. dgl. eigen hat, in den Dienstort mitzubringen [4]). Wäre über die Art und Weise der Dienstleistung zwischen den Parteyen durch einen schriftlichen Vertrag oder sogenannten Spannzettel etwas besonders festgesetzt worden; so wäre sich darnach zu achten, sonst aber ist der Dienstboth seinem Dienstherrn nicht nur die Dienste, zu denen er sich ausdrücklich verbindlich gemacht hat, sondern auch alle diejenigen, welche unter den Bedingten billig und vernünftiger Weise verstanden werden können, durch die ganze Dienstzeit zu leisten verbunden [5]).

1) §. 1.
2) §. 2.
3) §. 5.
4) §. 6.
5) §. 7.

Dienstbothen dürfen sich ohne ausdrückliche Erlaubniß der Dienstherren keiner Gehülfen bedienen [1]), und sind für allen aus einem vertragswidrigen Benehmen, oder aus sonstigem Verschulden entstandenen Schaden verantwortlich und zum Ersatze verpflichtet [2]).

Ein unter Verrechnung stehender Dienstboth ist erst alsdann von der Haftung für die ihm anvertrauten Gelder, Weine oder andere Hab- und Geräthstücke befreyet, wenn die von ihm gelegte Rechnung gehörig übersehen, für richtig erkannt und ihm das Absolutorium ertheilt worden ist [3]).

Die Bestimmung des Lohnes bleibt dem Einverständnisse des Dienstherrn und des Dienstbothen überlassen, und letzterer kann über den bedungenen Lohn nichts weiters fordern. — Er ist schuldig sich gegen seinen Dienstherrn gehorsam und ehrerbiethig zu betragen. Dienstbothen, die bey dem Ortsrichter angeklagt werden, daß sie gegen ihren Herren mit Schmähworten sich vergangen haben, sind mit öffentlicher Abbitte vor Gericht, nach Umständen auch mit empfindlicher körperlicher Züchtigung, die jedoch niemahls zehn Karbatschstreiche übersteigen darf, zu belegen [4]).

Die gegenseitigen Dienstverbindlichkeiten können aufgelöset werden: a) bey einer von dem Herrn auf beständig außer Lande zu unternehmenden Reise; b) bey einer schweren den Dienstbothen zu aller Arbeit unfähig machenden Krankheit; c) durch eine dem Dienstbothen vorfallende Heirath; d) wenn die Aeltern oder Anverwandten des Dienstbothen ihn zu ihrer Unterstützung oder Antretung eines Grundes abrufen; e) wenn ihm eine Erbschaft zufällt, welche seine Gegenwart an einem Orte unentbehrlich macht; f) wenn der Dienstboth wegen gewaltsamen und sittenwidrigen Betragen seines Herrn Gefahr läuft, an seiner Ehre, seinen Gliedern, oder gar an seinem Leben Schaden zu leiden. Alle diese Ursachen müssen jedoch glaubwürdig dargethan, und von dem Dienstbothen selbst zu seiner Sicherstellung gehö-

1) §. 9.
2) §. 8 u. 10.
3) §. 12.
4) §§. 15 — 17.

rigen Ortes angezeigt werden. Vor erfolgtem obrigkeitlichen Erkenntnisse darf sich gleichwohl der Dienstboth nicht entfernen, ausgenommen, wo augenscheinliche Gefahr des Lebens, oder einer Beschädigung vorhanden wäre [1]).

Der Dienstherr ist dagegen in folgenden Fällen berechtiget den Dienstvertrag aufzulösen: a) wenn der Dienstbothe den Dienst aus was immer für einer Ursache nicht versehen könnte; b) wenn er der Trunkenheit oder anderen Ausschweifungen in oder außer dem Hause ergeben wäre; c) wenn er ein ungestümes, unruhiges Betragen äußerte, und das Mitgesind gegen den Herrn oder gegen einander aufzuhetzen wagte; d) wenn er in Veruntreuung, in einem Diebstahle, oder sonst in einem Vergehen betreten wird, welches der persönlichen Sicherheit oder dem Vermögen des Dienstthälters zum Nachtheile gereichen könnte.

Außer diesen Fällen kann der Dienstvertrag durch Aufkündigung erlöschen. Die Aufkündigungszeit, welche wechselseitig ist, ist von Lichtmeß auf Jakobi, und von Jakobi auf Lichtmeß bestimmt. Zum Beweise, daß die wechselseitige Aufkündigung wirklich erfolgt und angenommen worden ist, ist allzeit hievon dem Ortsrichter Anzeige zu machen. Ein Dienstboth, der vor Ablauf dieser Zeit seinen Dienst verläßt, ist anzuhalten, durch den Schub an den Ort seines Dienstes zurückzusenden, zur Verantwortung zu ziehen, und nach Maßgabe der erschwerenden und mildernden Umstände mit Arrest, auch Anlegung von Eisen zu bestrafen. Dabey ist aber immer vorzüglich auf den Dienstherrn zu sehen, dem sehr oft viel an der augenblicklichen Zurückerhaltung gelegen, und überhaupt bis zur geendigten Strafzeit ohne Dienstbothen gelassen zu seyn, nicht gleichgültig ist. Daher wird vor Allem der entwichene Dienstboth dem Gesindhalter, wofern er es verlangt, nicht allein die noch übrige Dienstzeit erstrecken, sondern auch den durch die Entweichung verursachten Schaden entweder bar, oder durch Abzug von seinem Lohne, oder auch durch verlängerte Dienstzeit zu ersetzen haben. In diesem Falle ist daher die verhängte Strafe erst nach Verlauf der Dienstzeit zu vollziehen. — Hätte ein Dienstthalter ge-

1) §. 21.

gründeten Verdacht, daß einer seiner Dienstbothen entfliehen wolle; so ist derselbe berechtiget, einen Theil des bedingten Liedlohnes zu seiner Sicherheit zurückzubehalten; bey denen, die Kostgeld haben, einen Monathsold, bey denen aber, welche die Nahrung im Hause genießen, eine vierteljährige Besoldung [1]).

Verabredungen und Einverständnisse des Gesindes um den Dienst zu verlassen oder durch dieses Mittel höheren Lohn oder andere unbillige Bedingnisse zu erzwingen, dann die Verleitung der Dienstbothen zum Verlassen des Dienstes sind an allen denen, die dazu mitwirken sowohl, als an dem einer solchen Verführung folgenden Dienstbothen zu bestrafen. Diejenigen, welche einem flüchtigen Dienstbothen wissentlich Unterkommen oder Aufenthalt gestatten, sollen nebst dem Ersatze des dem Dienstherrn durch die Flucht des Dienstbothen zugewachsenen Schadens und der Unkosten, noch mit dreytägigem Arreste bey Wasser und Brot bestraft werden [2]).

Um solchen unzeitigen Dienstverlassungen vorzubauen, soll jeder von einer Herrschaft auf eine andere übertretende Dienstboth von der Amtskanzley mit einem Entlaßscheine auf ungestämpelten Papier unentgeldlich versehen, und ohne einen solchen Schein nirgends aufgenommen werden. — Wird einem Dienstbothen, der sich mit einem solchen Entlaßscheine nicht rechtfertigen kann, irgendwo Aufenthalt gestattet; so ist der pflichtwidrig handelnde Beamte mit einer angemessenen Geldstrafe, der Hauswirth aber, der einen solchen Dienstbothen aufnimmt, mit Arrest oder Gemeindearbeit zu bestrafen. — Diejenigen, welche noch nicht gedient haben, und an einem fremden Orte in Dienst treten wollen, müssen von der Ortsobrigkeit, wo sie sich zeither aufgehalten haben, ein Zeugniß ihres Herkommens und Wohlverhaltens ansuchen, auch daß sie mit Einwilligung ihrer Aeltern oder Vormünder in Dienst gehen [3]). Dagegen ist den Gesindhaltern alle Mißhandlung ihres Gesindes bey Vermei-

1) §§. 20, 22, 23, 24 u. 25.
2) §§. 26 — 28.
3) §§. 29 — 31.

dung des doppelten Schadenersatzes, oder nach Umständen auch der Geld- oder Arreststrafe untersagt [1]).

4) Das für das Landgesinde in Böhmen, Mähren und Schlesien unterm 20. September 1782 erlassene Patent [2]) enthält im Wesentlichen mit obigen gleiche Anordnungen, nur folgende Eigenthümlichkeiten sind besonders zu bemerken. — Hier ist eine von der Amtskanzley aus zu geschehen habende Gesindestellung in so weit vorgeschrieben, daß der aufgenommene Dienstboth dem Hauswirth zugeschrieben und der Liedlohn vorgemerkt werde [3]). Zwischen dem Austritte aus dem alten und dem Eintritte in den neuen Dienst sind dem Dienstbothen höchstens drey Tage zur Besorgung ihrer eigenen Geschäfte zu gestatten [4]). Bey der Aufnahme sind alle unschickliche Bedingnisse z. B., zu gewissen Zeiten zum Tanze zu gehen u. dgl. für nichtig anzusehen [5]). Der Lohn muß zur bestimmten Zeit, wie auch die bedungene Kost und Trunk verabreichet werden, und es hat daher das Wirthschaftsamt bey dem Schlusse des Jahres jeden Dienstbothen zu befragen, und ihm hierinfalls Hülfe zu leisten [6]). Vor Einem Jahre kann Keiner den Dienst eigenmächtig verlassen. Die Aufkündigungszeit ist ohne Unterschied drey Monathe vor dem neuen Jahre, und ist bey dem Amtsrichter anzubringen, der sie in das Gesindebuch vormerken läßt [7]).

5) Eine ganz ähnliche Verordnung ist auch für Inner-Oesterreich erschienen [8]). Diese Verordnung wurde durch Hofkanzley-Decret vom 20. July 1819 auch für das Königreich Illyrien als fortan bestehend erklärt, und zugleich verordnet: a) daß kein Dienstboth ohne Beybringung des Abschiedes oder Dienstzeugnisses seines früheren Dienstherrn aufgenommen werden dürfe; b) daß jene, welche erst zu dienen anfangen, oder auch von einer anderen Beschäftigung in die Classe des Dienst-

1) §. 33.
2) Handbuch der Ges. Jos. II. 1. B., S. 69.
3) §§. 5 — 7.
4) §. 9.
5) §. 20.
6) §§. 48 u. 49.
7) §§. 57 — 59.
8) Patent vom 29. Sept. 1781. Handbuch der Gesetze Joseph II. 13. B., S. 119.

volkes übergehen wollen, sich bey ihrer Bezirksobrigkeit persönlich zu stellen, und um die Ertheilung des dießfälligen Amtsscheines anzusuchen haben, ohne welchen sie von Niemand in den Dienst aufgenommen werden dürfen; c) daß der eintretende Dienstboth verbunden sey, dem Dienstgeber seinen Amtsschein oder Dienstabschied auszuhändigen, der solchen bis zum Austritte desselben in Verwahrung behält, und vom Tage des Eintrittes an die Bezirksobrigkeit eine mündliche oder schriftliche Anzeige bey Strafe von einem bis auf fünf Gulden zu machen hat; d) daß jeder Dienstboth, welcher in einen andern Bezirke in Dienste übergehen will, sich überdieß noch mit einem besonderen Entlaßscheine der Bezirksobrigkeit versehen und sich damit bey seiner neuen Bezirksobrigkeit ausweisen müsse [1].

6) In Gallizien gelten dießfalls noch jene Bestimmungen, welche in dem für Westgallizien gegoltenen bürgerlichen Gesetzbuche [2]) enthalten sind, und die Folgendes vorschreiben: Die Pflichten der Dienstpersonen, so verschieden ihre Verrichtungen seyn mögen, stimmen darin überein, daß sie aufmerksam, fleißig und treu seyn, und das Beste ihrer Herrschaft nach ihren Kräften befördern sollen. — Eigentlich steht es dem Haupte der häuslichen Gesellschaft zu, Dienstpersonen aufzunehmen; doch gilt die rechtliche Vermuthung, daß die Wahl weiblicher Dienstpersonen der Frau des Hauses überlassen sey. — Kein Dienstwerber soll ohne Abschied oder Entlaßschein von seiner vorigen Herrschaft, oder ein anderes bewährtes Zeugniß seines Verhaltens in einen Dienst aufgenommen werden. — Die Herrschaft hat den Abschied oder das Zeugniß einer aufgenommenen Dienstperson in Verwahrung zu nehmen, und zu ihrer Sicherheit einen Gegenschein auszustellen. — Wer einer Dienstperson wissentlich ein unwahrhaftes Zeugniß ausstellet, oder einen verfänglichen Dienstbothen aus eigener Schuld in ein Haus bringt; der setzet sich einer schweren Verantwortung bey dem Polizeyamte aus, und haftet außerdem noch für allen daraus entstehenden Schaden. — Wer über seine Person nicht frey schalten kann, sondern unter der Ge-

1) Kundmachung vom 11. Jänner 1821. Goutta's Gesetzs. 13. B., S. 158.
2) I. Thl., 6. Hptst., §§. 266 — 299.

walt eines Anderen steht, kann ohne dessen Einwilligung in keine Dienste treten. Diese Einwilligung wird aber für die durch das Gesetz bestimmte Dienstzeit vermuthet, wenn eine unter väterlicher oder vormundschaftlicher Gewalt stehende minderjährige Person, oder auch eine Ehegattinn in dem Falle ist, sich durch Dienstnehmung den ordentlichen Unterhalt verschaffen zu müssen. — Ein Dienstvertrag wird zwar durch mündliche Verabredung allein schon gültig; doch gebührt bey eintretenden fremden Ansprüchen jener Herrschaft und jenem Dienstwerber der Vorzug, welche ihr Recht durch einen schriftlichen Vertrag, oder durch wirklich gegebenes und empfangenes Miethgeld beweisen können. — Dieses Miethgeld oder sogenannte Angeld ist als ein Theil des künftigen Lohnes anzusehen, und wird in der Regel an den Lohn abgerechnet. — Die Herrschaft, welche einen unverwerflichen Dienstbothen ihrer Zusage gemäß nicht aufnimmt, verliert das Miethgeld, und der Dienstbothe, der aus seiner Schuld einen Dienst nicht antritt, hat das Miethgeld doppelt zurückzustellen. Beyde sind zum Ersatze des weiter erfolgten erweislichen Schadens verbunden. — Worin die Dienstleistung und der Lohn bestehen, und wie lange die Dienstzeit dauern soll, dieses wird durch den Vertrag bestimmt, den Herrschaften und Dienstpersonen mit einander eingehen. Nur darf in diesem Vertrage nichts gesetzwidriges aufgenommen werden.

Werden die wechselseitigen Rechte und Verbindlichkeiten der Herrschaften und ihrer Dienstpersonen weder durch einen Vertrag, noch durch einen Aufnahmsschein oder sogenannten Spannzettel hinlänglich bestimmt; so verordnet das Gesetz: daß Bediente und andere Dienstbothen, welche unter dem Nahmen des gemeinen Gesindes begriffen werden, jede erlaubte ihren Kräften angemessene Haus- und Feldarbeit zu übernehmen verbunden sind. — Lehrjungen, Gesellen und alle übrigen Gehülfen der Handwerker, Gewerbsmänner und Künstler können zu keinen Verrichtungen angehalten werden, welche mit ihren Berufsgeschäften, oder gar mit ihren Innungsartikeln im Widerspruche sind. — Hausofficianten, oder solche Personen, welche zur Bedienung oder zum Gefolge einer Herrschaft aufgenommen worden sind, und denen das ge-

meine Gesinde verhältnißmäßig untergeordnet ist, müssen sich allen häuslichen Geschäften unterziehen, die ihrer eigentlichen Bestimmung nicht gerade zu entgegengesetzt sind. — Was Erzieher, Leib- und Wundärzte, Kapläne, Secretäre, Wirthschafter, Rechnungsführer und andere Hausgenossen, die mehr mit den Kräften des Geistes als des Körpers dienen, für häusliche Verrichtungen zu unternehmen haben, dieses wird schon hinlänglich durch eines jeden Amt und Charakter bestimmt. — Im Nothfalle ist eine jede in Diensten stehende Person die Stelle einer anderen verhältnißmäßig zu vertreten schuldig. Es ist aber auch jede Herrschaft verbunden, ihren Dienstpersonen die zur Pflegung des gewöhnlichen Gottesdienstes und ihrer Gesundheit nöthige Zeit zu gestatten. — Wer einen Dienst angetreten hat, ohne mit seiner Herrschaft über seinen Lohn, er bestehe nun in Kost, Wohnung, Kleidung, Gelde oder in anderen Sachen, vorher übereinzukommen, der kann nie auf etwas mehr Anspruch machen, als auf das, was sein Vorgänger in diesem Dienste erhalten hat, oder Dienstpersonen seines Gleichen in dem nähmlichen Orte gemeiniglich erhalten; er muß sich sogar mit den geringsten der gewöhnlichen Vergeltungen begnügen. — Ist die Dauer der Dienstzeit nicht durch einen Vertrag, oder die Art des Dienstes selbst entschieden; so bestimmt das Gesetz diese Dauer auf dem Lande auf ein ganzes Jahr, und in den Hauptstädten auf sechs Wochen. Der Schade, welcher aus der früheren Entlassung oder Austretung aus einem Dienste entstehet, muß von dem vergütet werden, der ihn verursachet. — Die Herrschaft und die Dienstperson, welche den Dienstvertrag über den Verlauf der bedungenen oder gesetzmäßigen Zeit nicht fortsetzen will, muß den Dienst in Städten vier Wochen, und auf dem Lande sechs Monathe vor diesem Verlaufe aufkündigen. — Allein die Herrschaft und die Dienstperson sind in manchen Fällen berechtiget, die Aufkündigungsfrist auf vierzehn Tage einzuschränken. Eine Herrschaft ist dieses berechtiget, wenn eine Dienstperson zum Dienste ungeschickt befunden wird, wenn sie dem Spiele, dem Trunke, dem Auslaufen oder einer anderen unordentlichen Lebensart ergeben ist; wenn sie mit Feuer und Licht unvorsichtig umgeht,

oder mit ihren Dienstgenossen unverträglich lebt; auch eine schwangere ledige Weibsperson kann man nach vierzehntägiger Aufkündigung, jedoch mit Vorsicht für die Sicherheit der Leibesfrucht, entlassen. — Eine Herrschaft muß nach vorhergegangener vierzehntägiger Aufkündigung eine Dienstperson entlassen, wenn sie ihren Lohn zur Verfallzeit, oder wenigstens vierzehn Tage nachher nicht erhalten hat; oder wenn sie ohne Ursache hart oder schimpflich behandelt worden ist. — Ein Dienstbothe, der auf dem Lande sich verheirathen, oder eine eigene Wirthschaft antreten will, muß seinen Dienst nur sechs Wochen vorher aufkündigen. — Auf der Stelle und ohne alle Aufkündigung kann eine Herrschaft einen Dienstbothen entlassen, wenn sich diese durch einen unwahrhaft befundenen Abschied, oder durch ein anderes falsches Zeugniß in den Dienst eingeschlichen hat; wenn sie die häusliche Ruhe störet; wenn sie ihre Herrschaft beleidiget, ihr übel nachredet, wenn sie ihre Hausgenossen zum Bösen verleitet, oder sich einer Veruntreuung schuldig macht. — Eine Herrschaft hat kein Recht, eine Dienstperson deßhalb, weil sie erkranket ist, ohne ordentliche Aufkündigung zu entlassen; sie ist vielmehr verbunden, ihr wenigstens auf Rechnung des schon verdienten Lohnes, oder des sonstigen Vermögens der Dienstperson allen möglichen Beystand zu leisten; reicht dieses Vermögen nicht zu, gestatten es die häuslichen Umstände der Herrschaft nicht, oder ist Gefahr der Ansteckung da; so kann und muß die Herrschaft zu den öffentlichen wohlthätigen Krankenanstalten die Zuflucht nehmen. — Eine Dienstperson kann ohne Aufkündigung austreten, wenn sie in einer schweren Krankheit anderswo untergebracht werden will; wenn man ihr die bedungene Kost und den Lohn versagt; wenn sie der Gefahr grober Mißhandlungen oder der Verführung ausgesetzt ist; wenn man sie fälschlich eines Verbrechens beschuldigt; wenn man ihr aufträgt, außer Landes zu reisen, oder sich von dem Dienstorte auf länger, als ihre Dienstzeit dauert, zu entfernen. — Verweise, Vorwürfe, anhaltende Beschäftigungen, selbst das Verboth, einige Tage nicht aus dem Hause zu gehen, gehören unter die Zucht und Besserungsmittel der Dienstbothen, und geben ihnen kein Recht, ge-

gen eine Herrschaft gerichtlich zu klagen, oder den Dienst vor der gesetzmäßigen Zeit aufzukündigen.

Wenn der Zeitpunct, an welchem einer Dienstperson der Lohn bezahlt werden soll, nicht voraus bedungen worden ist; so muß er ihr, wenn sie sich selbst verköstiget, zu Ende eines jeden Monaths, sonst aber mit jedem Vierteljahre bezahlt, und in allen Fällen bis auf die Stunde ihres Austrittes aus dem Dienste berechnet werden. Zur Vermeidung aller Mißverständnisse kann die jedesmahlige Bezahlung des Lohnes in den Spannzettel geschrieben werden. — Neujahrs- oder andere Geschenke, die einer Dienstperson gegeben worden, kann die Herrschaft nicht auf den bedungenen Lohn anrechnen. — Die Livree ist ein Theil des Lohnes; es gebühren einem Bedienten, der durch drey Monathe in einem Dienste gestanden ist, die Schuhe und Strümpfe, und nach Verlauf des Dienstjahres alle Stücke der täglichen Livree. Auf Pelze, Mäntel, Kaputröcke und dergleichen hat kein Bedienter einen rechtlichen Anspruch. — Dienstpersonen, welchen die Führung einer Wirthschaft ganz oder zum Theile anvertraut worden ist, sind verbunden, zu allen Zeiten, besonders aber vor ihrem Austritte aus dem Dienste, Rechnung zu legen; so wie diejenigen, welchen die Herrschaft gewisse einzelne Dinge zur Verwahrung übergeben hat, sie richtig auszuliefern, und jeden durch ihre Schuld entstandenen Schaden zu ersetzen schuldig sind; entsteht in Ansehung des einen oder des anderen dieser Puncte zwischen den Herrschaften und einer Dienstperson ein Streit, so mag die Herrschaft auf ihre Verantwortung einer Dienstperson ihren Lohn zurückhalten, und im Falle einer Gefahr um Personalarrest derselben ansuchen; in Ansehung der Rechnungslegung aber muß sie nach Vorschrift der Gerichtsordnung verfahren. — Die Herrschaft sieht bey Aufnehmung einer Dienstperson vorzüglich auf die Brauchbarkeit derselben; aus diesem Grunde endigt sich der mit ihr geschlossene Vertrag mit dem Leben der Dienstperson, und ihre Erben haben keinen andern Anspruch, als auf den rückständigen Lohn. Eine Dienstperson aber nimmt auf die Beschaffenheit der Haushaltung, in welche sie sich verdinget, Rücksicht, und deßwegen dauert der Dienstvertrag auch

nach dem Tode der Herrschaft bis zur Aufkündigung fort. — Die Herrschaft ist verbunden, jeder Dienstperson zur Zeit ihres gesetzmäßigen Austrittes ein Zeugniß über ihr Verhalten während der Dienstzeit zu ertheilen, und für die Wahrheit desselben gegen Jedermann zu haften; ist die Dienstperson mit diesem Zeugnisse unzufrieden: so steht es ihr frey innerhalb vierzehn Tage bey der nächsten Polizeybehörde um ein besseres anzusuchen. — Hat der Herr gegen seinen Diener, oder dieser gegen seinen Herrn irgend eine Klage, den Dienstvertrag betreffend; so soll dieses noch binnen dreyßigtägiger Zeitfrist, vom Tage des Austrittes an gerechnet, geschehen. Ist diese Zeit verstrichen, so kann weder des einen noch des anderen Klage vor der politischen Behörde dießfalls angebracht werden [1]). — Ist es aber darum zu thun, die gestörte Ruhe und Ordnung eines Hauses schnell herzustellen; eine plötzliche Trennung zwischen einer Herrschaft und einer Dienstperson zu untersuchen; Vergehungen schärfer zu züchtigen, oder gar Verbrechen zu bestrafen: so hat man sich in ersteren Fällen an die Polizey, im letztern Falle aber an das Strafgericht zu wenden.

7) Die Stadtgesindeordnung für Böhmen, Mähren und Schlesien [2]), welche auch für Oesterreich vorgeschrieben wurde [3]), enthält im Wesentlichen jene Bestimmungen, wie die Gesindeordnung für das Landvolk. — Folgende Zusätze und Modificationen werden hier bemerkt. — Mit der Livree, wenn nichts anders verabredet wird, ist es so zu halten: Jenen Dienstbothen, die nach einem ganzen Jahre austreten, sind der Hut, Rock, Weste und Unterkleider, folglich die ganze Livree, jenen aber, die nach einem halben Jahre austreten, sind die Unterkleider, Strümpfe und Schuhe zu lassen; hierunter ist jedoch die Galla = oder sogenannte Staatslivree, so die Dienstherrn nicht jährlich, sondern nach Willkühr machen lassen, nicht mitbegriffen. — Jenen, so sich übel verhalten haben, gebührt von der Livree gar nichts [4]). Jene Dienstherren, die ihr Gesind nicht

1) Siehe Nr. 13.
2) Pat. vom 1. Dec. 1782; Handb. der Ges. Jos. II. 1. B., S. 201.
3) Pat. vom 27. März 1789. Obiges Handb. 6. B. S. 136.
4) Ebenda §. 16.

monathlich oder vierteljährig bezahlen, sondern nur überhaupt einen jährlichen Lohn bedingen, müssen dem Gesinde ein Lohnbüchel behändigen, und darin den rückständigen Lohn sammt dem Tage, an welchem er verfallen ist, ordentlich eintragen, auf der andern Seite aber vormerken, was an dem Rückstande berichtigt worden ist [1]). Zu den Ursachen, aus welchen der Dienstherr seine Dienstbothen sogleich entlassen kann, sind noch hinzuzuzählen: a) wenn der Dienstboth, der etwas zu verrechnen hat, die Rechnung nicht ordentlich führte, b) seine Rechnung zur gehörigen Zeit nicht legte, oder c) in einen Rest verfiele, und sich auszuweisen nicht im Stande wäre, folglich der Dienstherr Gefahr liefe, durch Unordnung, Unwissenheit und Untauglichkeit desselben an seinem Vermögen immer mehr noch verkürzt zu werden [2]). Uebrigens muß der Dienstherr dem Dienstbothen bey dem Austritte ein Zeugniß oder sogenannten Abschied über seine Aufführung ertheilen, und darin deutlich und nach Gewissen ausdrücken, wie derselbe a) in Ansehung der Treue und Rechtschaffenheit, b) der Sitten und der Nüchternheit, und c) in Ansehung seines Fleißes sich verhalten habe. Dem Dienstherrn steht es zwar frey, einem Dienstbothen einen durch Untreue verursachten Rait- oder Cassereſt nachzusehen, und ihm einen bloßen Raitschein auszustellen, daß er von ihm nichts mehr fordern wolle; allein bey Ertheilung eines förmlichen Absolutoriums oder eines unverdienten vortheilhaften Zeugnisses würde sich jeder Dienstherr der Gefahr aussetzen, dem Gesindhalter, der durch ein unwahrhaftes Zeugniß einen untreuen Dienstbothen aufnähme, für allen Schaden zu haften [3]).

8) In Beziehung auf die Dienstbothenordnung für Oesterreich wurde nachträglich Folgendes verordnet: Da die Anordnungen des für das Landvolk erlassenen Dienstbothen-Patentes vom Jahre 1784 bloß vom Dienstgesinde handeln, zu welcher Classe die herrschaftlichen Beamten nicht zu zählen sind; so kann auch das gedachte Gesetz nicht als Norm der Entscheidung bey

1) Ebenda §. 29.
2) Ebenda §. 32.
3) Ebenda §§. 33 u. 34.

Streitigkeiten zwischen Herrschafts-Besitzern und ihren Beamten dienen, sondern solche Angelegenheiten sind im Rechtswege, nach den gesetzlichen Bestimmungen über den Dienstvertrag zu verhandeln [1]).

9) Mit Patent vom 1. May 1810 [2]) wurde für die Stadt Wien und den Umkreis innerhalb der Linien eine eigene Dienstbothenordnung erlassen, von welcher ich nachstehende Bestimmungen auszeichne: Die Benennung: Gesindhalter, Dienstgeber, Dienstherrn (worunter auch Dienstfrauen zu verstehen sind), auf welche sich die Verbindlichkeit der Gesindeordnung erstreckt, begreift sämmtliche innerhalb den Linien ansässige Familienhäupter, männlichen und weiblichen Geschlechtes, welche Dienstvolk halten, mit Inbegriff der Militär-Parteyen in Ansehung ihres nicht zu einem Militärkörper gehörigen, mithin durch Dienstvertrag angenommenen Dienstvolkes, diejenigen Fälle und Gegenstände ausgenommen, für welche in Ansehung der unter der Militärbehörde stehenden Diensthälter in Verfolg dieser Verordnung die Ausnahmen ausdrücklich bestimmt werden. Unter der Benennung: Diensthälter, sind ferner auch Fremde begriffen, wenn sie während ihres hiesigen Aufenthaltes Dienstbothen aufnehmen oder verabschieden [3]). Die Benennung: Dienstboth, Dienstvolk, Dienstgesind, welche unter der Verbindlichkeit dieser Gesindeordnung stehen, begreift, einzeln oder zusammengenommen, diejenigen Personen, die sich gegen bestimmten Lohn, ohne oder mit noch anderen Nebenbedingungen, als für Kost, Kleidung u. dgl., auf längere Zeit, bey Privaten in Dienst verdingen, mit Ausnahme der Haushofmeister, des Kanzleypersonals, der Wirthschafts- und Casse-Beamten, auch überhaupt alle Bedienungen, zu deren Bekleidung eine wissenschaftliche Vorbereitung erfordert wird. Darunter sind ferner nicht begriffen: Handlungsdiener, Arbeiter bey Kunstgewerben und Fabriken, noch Handwerksgesellen, als welche sich nach den bestehenden Satzungen und Vorschriften der Innungen und Zünfte zu richten haben [4]). Die Vorsichten, welche bey

1) Hofkanzl. Dec. vom 22. Oct. 1819; G. S. für Oest. unter der Enns. 1. B., S. 796.
2) P. G. S., 30. B., S. 1.
3) Ebenda §. 2.
4) Ebenda §. 9.

dem Eintritte eines Dienstbothen in den Dienst zu beobachten sind, kommen im Wesentlichen mit den bereits dargestellten Dienstbothenordnungen überein. Uebrigens ist hier das gewissermaßen zu einem Gewerbe gewordene Geschäft des Gesindezubringens auf das strengste untersagt, und wer überführt wird, für Geld einen Dienst zugewiesen zu haben, ist, nebst Zurückstellung des empfangenen Geldes, mit 24stündigem, nach Beschaffenheit der Umstände mit Fasten, und bey mehrmahligen Rückfällen mit einem mit körperlicher Züchtigung verschärften Arreste zu bestrafen [1]). Dagegen ist für die Bequemlichkeit der Dienstherren den Polizeydirectionen die Führung eigener Dienstbothen-Register aufgetragen, wo sich jeder, der einen Dienstbothen benöthiget, erkundigen kann [2]).

Der Dienstvertrag erhält seine volle Gültigkeit, wenn nach vorausgegangener wechselseitiger Zusage das Angeld gegeben und angenommen worden. Zum Angeld (Darangeld) soll bey einem bloßen Lohndienste das Viertel eines Monathlohnes, bey einem Kost- und Lohndienste der Betrag des auf drey Wochen fallenden Lohnes gegeben werden [3]). Ein Dienstbothe, der von mehreren Dienstgebern Darangeld annimmt, soll wegen schwerer Polizey-Uebertretung des Betruges nach §. 211 St. G. B. II. Th. bestrafet werden. Hätte jedoch der Dienstbothe, da er bey einem Dienstherrn eingetreten, das von anderen empfangene Darangeld selbst zurückgesendet; so ist dieser Fall zwar nicht als eine schwere Polizey-Uebertretung zu behandeln, aber der Dienstbothe wegen Hintergehung des Zutrauens mit einem 24stündigen Arreste zu bestrafen. — Der Dienstherr, der von dem anderweitigen Empfange einer Darangabe des von ihm aufgenommenen Dienstbothen Kenntniß hat, ist zum Erlage des zweyfachen Betrages des gegebenen Darangeldes zu verhalten [4]). Dem Dienstherrn bleibt selbst nach abgeschlossenem Dienstvertrage die Freyheit, den Dienstbothen nicht anzunehmen, gegen dem vorbehalten, daß er ihm das Darangeld läßt, und die Aenderung seines Entschlusses wenigstens binnen drey

1) Ebenda §. 18.
2) Ebenda §§. 13 — 17.
3) Ebenda §. 19.
4) Ebenda §§. 21 — 22.

Tagen zu wissen macht. Auch noch nach Verlauf von drey Tagen steht dem Diensthalter frey, einen besprochenen Dienstbothen nicht anzunehmen. Dann ist er aber dem Dienstbothen, der in der Zwischenzeit um einen andern Dienst sich hätte bewerben können, nebst dem Darangelde zur Entschädigung, wenn der Dienst ein Lohndienst ist, einen 14tägigen Lohn, ist es aber ein Lohn- und zugleich Kostdienst, den Betrag eines monathlichen Lohnes zu geben verbunden. Ein Diensthalter ist ferner der Verbindlichkeit, einen besprochenen Dienstbothen in Dienst treten zu lassen, enthoben: a) wenn er nach der Hand gegen das vorgewiesene Dienstzeugniß in Ansehung der Treue und Anständigkeit der Aufführung gegründetes Bedenken zu tragen Ursache hat; b) wenn der Dienstbothe mit einer vorher nicht wahrgenommenen ekelhaften oder sonst ansteckenden Krankheit behaftet; c) wenn ein weiblicher Dienstbothe schwanger ist; d) wenn der Dienstbothe Umstände verheimlichet oder unwahr angegeben hat, die den Dienstgeber, wofern er sie gewußt hätte, abgehalten haben würden, ihm den Dienst zuzusagen: wenn z. B. ein verheiratheter Bedienter sich für unverheirathet angegeben hat u. s. w. Bey Eintreten solcher Umstände kann der Diensthalter von dem Dienstbothen das Darangeld zurückfordern, muß aber demselben ohne Verzug die Absagung des Dienstes wissen lassen. Eben so versteht sich als eine natürliche Folge, daß, wie der Diensthalter die zur Dienstaufkündigung bestimmte Zeit abzukürzen befugt ist, er um so mehr befugt ist, so weit die Fälle anwendbar sind, den Dienstbothen auch nicht anzunehmen, und diesem sodann das empfangene Darangeld zurück zu stellen. Ein gleiches Recht hat der Dienstboth im umgekehrten Falle gegen Zurückstellung des Darangeldes.

Ueber den Dienstvertrag ist eine schriftliche Urkunde (sogenanntes Spannzettel) dem Dienstbothen zu behändigen. Bey Uebernahme von Silber, Wäsche u. s. w. ist der Dienstbothe zu seiner Bedeckung ein schriftliches, von dem Dienstgeber unterfertigtes Verzeichniß zu verlangen befugt. Dagegen ist er auch schuldig, zur Gegensicherung des Dienstgebers, den Empfang durch eine mit seiner (des Dienstbothen) Unterschrift oder Handzeichen bestätigte Ab-

schrift dieses Verzeichnisses zu bezeugen [1]). Dienstpersonen können, in so fern häusliche Zurechtweisungsmittel nichts fruchten, selbst durch die Polizeybehörde zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten angehalten werden, und wenn sie sich einer ihnen zukommenden Verrichtung unter Umständen weigern sollten, wodurch der Dienstherr, seine Familie, oder auch nur Jemand von den Hausgenossen Gefahr läuft, oder in eine große Verlegenheit gesetzt würde, z. B. in eine Krankheit; so ist der Fall nach §. 183 des St. G. B. II. Th. zu behandeln. Wenn Dienstpersonen aus einer boshaften Absicht, um den Dienstthalter in Schaden zu versetzen, demselben einen Schaden zufügen, sind sie nebst dem Schadenersatze noch mit 24stündigem, bis auf drey Tage verlängerten, durch Fasten und körperliche Züchtigung verschärften Arreste zu bestrafen [2]). Dem Dienstthalter steht das Recht zu, von seinen Dienstbothen, sowohl über die Erfüllung sämmtlicher Religionspflichten als überhaupt über dessen Aufführung auch außerhalb des Hauses Rechenschaft zu fordern. Dagegen erwartet auch die öffentliche Aufsicht von den Dienstthältern, daß, wenn auf einem oder andern Wege Ausschweifungen oder sonstige Unordnungen, welche die Ahndung der Gesetze verdienen, zu ihrer Kenntniß gelangen, sie die Anzeige an die Behörde nicht unterlassen werden, und es kann eine solche Unterlassung für sie manchmahl, in Ansehung der Folgen, Verantwortlichkeit nach sich ziehen [3]). In wie fern aber ein Dienstthalter sich überzeugt, daß ein Dienstbothe außerhalb des Hauses sich Ausschweifungen erlaubt, welche einer bestimmten gesetzlichen Strafe unterworfen; so ist er befugt, denselben auf der Stelle zu verabschieden [4]). Wenn ein Dienstthalter bey einem seiner Dienstbothen einen übermäßigen Aufwand wahrnimmt, ist er denselben darüber zur Rede zu stellen berechtiget, und der Dienstbothe entgegen verpflichtet, sich gehörig auszuweisen. Sollte derselbe dieses verweigern, oder wäre die Ausweisung nicht genügend; so steht dem Dienstgeber frey, den Dienstbothen entweder gleich zu verabschieden, oder der Behörde darüber die

1) Ebenda §§. 24 — 30.
2) Ebenda §§. 50 — 52.
3) Ebenda §. 64.
4) Ebenda §. 65.

Anzeige zu machen; wäre jedoch der übermäßige Aufwand von der Art, daß er einen Verdacht eines begangenen Verbrechens oder einer schweren Polizey-Uebertretung erweckte: so ist dem Dienstthalter nicht erlaubt, den Dienstbothen zu verabschieden, sondern er ist den Fall der Behörde unverweilt anzuzeigen verpflichtet [1]). Ein Dienstbothe, der ohne Erlaubniß über Nacht aus dem Hause geblieben, kann auf der Stelle verabschiedet werden, so fern nicht etwa zugleich Umstände mit unterlaufen, die eine besondere Anzeige an die Behörde nothwendig machten. Auch dürfen gegen das Verboth der Dienstthalter von Dienstbothen Besuche überhaupt, oder von bestimmten Personen, oder zur untersagten Zeit nicht angenommen werden. — Insbesondere aber sollen Dienstbothen, die in Geheim, ohne Vorwissen des Dienstthalters, Jemand übernachten lassen, der Behörde angezeigt, und, wenn sonst kein bedenklicher Umstand mit unterläuft, mit körperlicher Züchtigung oder mit 24stündigem, durch Fasten verschärften Arrest bestraft werden. Dem Dienstthalter bleibt dann überlassen, ob er den Bestraften noch im Dienste behalten, oder sogleich verabschieden wolle [2]).

Dagegen hat aber auch der Dienstgeber seine übernommenen Verbindlichkeiten genau zu erfüllen; dem Dienstbothen nicht jede geringe, ohne Nachlässigkeit verursachte Beschädigung vom Lohne abzuziehen; ihm nicht seine Kräfte übersteigende, oder ihm nicht zustehende oder unschickliche Verrichtungen aufzutragen; demselben die zum Gottesdienste erforderliche Zeit nicht zu versagen; noch ihn in der Ausübung der Religionspflichten zu hindern; ihm den Genuß einer mit der häuslichen Ordnung sich vertragenden Freyheit zu gestatten; ihm in billigen Gelegenheiten Beystand zu leisten; sich aller schimpflichen Behandlung gegen ihn und eines Mißbrauches in der häuslichen Zurechtweisung zu enthalten [3]). Insbesondere sind die Dienstthalter unter schwerster Verantwortung verbunden, in Krankheitsfällen der Dienstbothen, wo diese Hülfe zureicht, sich entweder unmittelbar an den Bezirksarzt oder an die

1) Ebenda §§. 73 u. 74.
2) Ebenda §. 77.
3) Ebenda §. 78.

Polizey-Direction zu wenden, damit dem erkrankten Dienstbothen der nöthige Beystand geleistet werde. Ist die Krankheit so beschaffen, daß sie eine längere Wartung und Pflege bedarf; so läßt sich von den Dienstthaltern da, wo Gelegenheit vorhanden ist, erwarten, daß selbe ihrem Dienstbothen die Wohlthat der häuslichen Pflege und die erforderliche Medizinal-Hülfe nicht versagen werden. Können Dienstthalter dem erkrankten Dienstbothen bey sich zwar Platz und Pflege geben, sind aber übrigens nicht vermögend, die Kosten der Arzeneyen zu bestreiten; so haben sie sich um das Zeugniß des Armenbezirkes zu bewerben, nach dessen Beybringung sie die Arzeneymittel unentgeldlich erhalten. — In so fern der Dienstthalter den kranken Dienstbothen im Hause nicht behalten kann, dieser auch sonst Niemand hat, der ihn in die Pflege übernähme; so ist ersterer verbunden, die Unterbringung des Dienstbothen in das Krankenhaus zu veranstalten, und wenn er vermögend ist, und der Dienstbothe in seinem Dienste bleibt, die Bezahlung nach der vierten Classe, und zwar wöchentlich vorhinein, zu leisten. — Sollte ein Dienstthalter einen kranken Dienstbothen während der Krankheit entlassen, so ist demselben, so wie überhaupt jedem Dienstthalter, welcher sich nicht über sein Unvermögen durch ein Zeugniß des Armenbezirkes auszuweisen vermag, unter Verantwortlichkeit für die Folgen zur Pflicht gemacht, unverfäumt für die Unterbringung des Kranken in das Krankenhaus Sorge zu tragen, und nebstbey der Betrag eines vierwöchentlichen Lohnes zugleich mit dem in das Krankenhaus Ueberbrachten, abzuführen [1]). Den Dienstthaltern steht über ihr Dienstvolk ein Zuchtrecht zu. Die gelinderen Zurechtweisungsmittel sind ernstere Abmahnungen, Verweise, Verboth auszugehen, und andere ähnliche Mittel. Abbruch in der Kost oder Abzug von dem Lohne sind als Zurechtweisungsmittel unerlaubt. Wo bey größeren Fehlern oder oftmahligen Rückfällen gelindere Zuchtmittel nicht zureichten, ist der Dienstthalter von den strengeren Mitteln einer körperlichen Züchtigung Gebrauch zu machen befugt, wobey jedoch die Gränzen der geziemenden Mäßigung nicht über-

1) Ebenda §§. 25 u. 26.

schritten werden dürfen [1]). Zur Ergänzung der häuslichen Zurechtweisungsmittel wird ihnen auch der Beystand der Behörde angebothen [2]). Der Auflösung des Dienstvertrages muß in der Regel eine ordentliche Aufkündigung vorausgehen. In Mangel einer anderen Verabredung, welche in dem Spannzettel auszudrücken ist, ist die Aufkündigungszeit durchgehends auf vierzehn Tage festgesetzt. Sollte der Dienstboth ohne Vorwissen des Dienstherrn mehrmahl und mit Versäumniß seines Dienstes abwesend bleiben; so kann er sogleich, und nur mit dem bis auf denselben Tag laufenden Lohn verabschiedet werden [3]). — Der Dienstherr ist ausnahmsweise an diese Aufkündigung nicht gebunden, wenn er den Verabschiedeten für die vierzehn Tage der Aufkündigung bey einem bloß monathlichen Lohndienste mit dem halbmonathlichen, bey einem Kost- und Lohndienste, mit einem monathlichen Lohne entschädiget, und die Kosten des vierzehntägigen Aufenthaltsorts vergütet. Die übrigen Gründe stimmen im Wesentlichen mit denjenigen, die bereits Nr. 7. angeführt worden sind, überein. Eben so ist der Dienstboth in dem bereits Nr. 3. angeführten Fällen, wobey noch zu bemerken kommt, daß bey Eintretung der unter a, b, c und d aufgeführten Fälle eine Aufkündigung von acht Tagen zureichend ist, nach deren Verlauf der Dienstgeber dem Dienstbothen unweigerlich zu entlassen verpflichtet ist. — Bey den Fällen e u. f soll die Beschaffenheit der Umstände über die mehr oder minder dringende Nothwendigkeit der Abkürzung Maß geben; und kann vorzüglich bey dem letzten Falle auch die augenblickliche Austretung Statt finden. Stets müssen aber sämmtliche Abkürzungsgründe glaubwürdig dargethan, und besonders über die unter f aufgezählten Ursachen die Anzeige vom dem Dienstbothen, selbst zu seiner Sicherstellung, bey der Behörde gemacht werden [4]). Ein entlaufener Dienstbothe ist zu bestrafen, und der Gesindhalter ist nicht verbunden, denselben wieder anzunehmen, oder ihm den Lohn weiter als bis zum Tage der Entweichung zu bezah-

1) Ebenda §§. 87 u. 88.
2) Ebenda §. 91.
3) Ebenda §§. 94 u. 95.
4) Ebenda §§. 97 u. 98.

len [1]). Eben so sind Verabredungen und Einverständnisse des Dienstvolkes, einen Dienstort zugleich zu verlassen, polizeylich zu bestrafen, und ist bey einer Verabredung dieser Art dem Diensthalter freygestellt, das gesammte Dienstvolk oder jeden Einzelnen desselben sogleich, oder auch nach und nach zu verabschieden, ohne an die vorgeschriebene Aufkündigungszeit gebunden zu seyn [2]). Für die bey dem Austritte dem Dienstbothen auszufertigenden Abschiede ist ein eigenes Formular vorgeschrieben. Der Diensthalter ist für die Folgen eines gegen die Wahrheit ausgefertigten begünstigenden Zeugnisses verantwortlich. Sollte ein Diensthalter ein nicht verdientes ungünstiges Zeugniß ertheilen; so ist der Dienstbothe berechtiget, darüber bey der Behörde Beschwerde zu führen, und ihren Beystand zur Erhaltung eines Zeugnisses nach Verdienst anzurufen. Diese Beschwerde muß jedoch längstens an dem nächstfolgenden Tage nach der Entlassung angebracht werden [3]). In einem solchen Zeugnisse kann diejenige Eigenschaft, in Ansehung welcher der Diensthalter ein Zeugniß nicht ertheilen zu können glaubt, mit Stillschweigen übergangen werden. Zeigte sich jedoch bey der Untersuchung über eine solche Beschwerde, daß die Beschuldigung, oder der als Ursache der Auslassung angegebene Verdacht gänzlich ungegründet ist; so hat die Behörde dem Beschwerdeführenden ein solches ämtliches, wie dem Diensthalter selbst auszustellen obgelegen hätte, auszufertigen [4]).

10) Um indessen jeden Conflict der Justiz- und politischen Behörden in diesen Angelegenheiten zu beseitigen, hat die k. k. Hofkanzley, einverständlich mit dem k. k. obersten Gerichtshofe, Nachstehendes zu erklären befunden:

„Alle Privat-Rechtsverhältnisse aus Dienstverträgen sind in der Regel von dem Civil-Richter nach Maßgabe des sechs und zwanzigsten Hauptstückes des bürgerlichen Gesetzbuches zu entscheiden." Sowohl die Dienstgesindeordnung vom 1. May 1810, als auch die für Innungen und Zünfte bestehenden besonderen Vorschriften, bilden daher nur eine Ausnahme, die nie weiter als bis

1) Ebenda §§. 101 — 104.
2) Ebenda §§. 106 — 107.
3) Ebenda §§. 114 — 116.
4) Ebenda §§. 113 — 119.

zu dem Zwecke ausgedehnt werden darf, welcher durch die politischen Gesetze erreicht werden will. — So wie daher die Gesindeordnung vom 1. May 1810 auf darin nicht bezeichnete Personen nicht angewendet werden kann, und der in dem §. 4. vorkommende Ausdruck „wissenschaftliche Vorbereitung" insbesondere nicht in subjectiver Beziehung auf das dienstverpflichtete Individuum, sondern auf das Object oder den Gegenstand der Dienstleistung selbst anzuwenden ist, eben so muß sich auch gegenwärtig gehalten werden, daß diese Vorschrift nur den polizeylichen Zweck verfolgt, das Dienstverhältniß zwischen den darin genannten Personen keiner nachtheiligen Unterbrechung auszusetzen, denselben einen schnelleren Schutz zu verleihen, und beyden Theilen auf dem kürzesten Wege ohne nachtheilige Kosten die Erlangung jener Rechte, welche ihnen gedachte Gesindeordnung einräumt, zu verschaffen. — So oft es daher Personen oder Geschäfte betreffen wird, welche von der Gesindeordnung oder den Innungs- oder Zunft-Vorschriften nicht ausdrücklich berücksichtiget wurden, und somit die Entscheidung des streitigen Rechtsanspruches nicht aus den ausdrücklichen näheren Bestimmungen des angeführten Ausnahms-Gesetzes herzuhohlen seyn wird, hat es bey den Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches zu verbleiben, worüber nur der Civil-Richter einzuschreiten hat [1]).

11) Die Angelegenheiten der Dienstbothen in Gallizien, obschon die dort in das vormahlige bürgerliche Gesetzbuch aufgenommenen Vorschriften gelten, sind im politischen Wege zu entscheiden [2]). Diese Vorschrift ist auch auf die Hausoffiziere, Wirthschafts- und Privatbeamte ohne Unterschied verbindlich, dergestalt, daß die Streitigkeiten, welche zwischen diesen und der Dienstherrschaft aus dem Dienstvertrage fließen, nach Vorschrift jener Gesetze im politischen Wege auszutragen sind. Dagegen sind diejenigen Streitigkeiten, welche über die Echtheit oder Gültigkeit eines beygebrachten Dienstvertrages oder anderer Urkunden entstehen, eine weitläufigere Berechnung zwischen der Herrschaft und Dienstperson, welche nur durch einen ordentlichen

1) Hofk. Dec. vom 27. April 1821.
2) Hofdec. vom 21. Febr. 1800; J. G. S. Nr. 494.

Rechnungsprozeß ausgetragen werden kann, oder einen andern außer dem Dienstverhältnisse liegenden Gegenstand betreffen, an die ordentliche Rechtsbehörde zu weisen. — In Fällen, da die Streitigkeiten zwischen der Herrschaft und der Dienstperson aus mehreren Puncten bestünden, deren einige zum politischen, und einige zum richterlichen Erkenntniß gehören, kann zwar die politische Behörde über die ihr zustehenden Gegenstände vorläufig das Amt handeln, aber sie ist nicht befugt, vor der richterlichen Entscheidung, welche über die Rechtsgegenstände zu erfolgen hat, ihr Erkenntniß zu vollstrecken, in so fern dadurch eine der Parteyen in Bezug auf die richterlichen Gegenstände der Genugthuung und Ersatzleistung, oder auf eine andere Art gefährdet würde. — Damit aber hierdurch die Vollstreckung des politischen Erkenntnisses nicht muthwillig verzögert und vereitelt werde, hat die politische Stelle in solchen Fällen eine angemessene Frist, binnen welcher bey der ihr sachfällige Theil sich über die seines Ortes gehörig betriebene Rechtssache auszuweisen hat, unter Bedrohung der sonst ohne weiters zu ertheilenden Execution ihres Erkenntnisses festzusetzen, auch solche Vorkehrungen zu treffen, wodurch die Wirkung ihres Erkenntnisses bis zum Ausgange des Rechtsverfahrens gesichert wird [1]).

12) Die Behörden in Dienstbothen-Angelegenheiten in Wien sind die Polizey-Oberdirection und die Polizey-Bezirks-Direction nach ihren Eintheilungen. — Diensthalter von Gesandtschaften müssen bey dem Hofmarschallamte, die vom Militär bey den Militär-Behörden, die vom Adel, dann graduirte, geistliche und in landesfürstlichen Diensten stehende Personen ausschließend bey der Polizey-Oberdirection belangt werden [2]).

13) Auch noch nach aufgehobenem Dienstesverhältnisse sind Streitigkeiten zwischen Dienstbothen und Dienstgebern, welche aus dem Dienstvertrage hergeleitet werden, wenn noch nicht dreyßig Tage von dem Zeitpuncte, als das Dienstverhältniß aufgehört hat, verlaufen sind, vor den politischen Behörden zu verhandeln; jene Streitigkeiten aber, welche nach Verlauf dieser

1) Pat. vom 26. Aug. 1806; J. G. S. Nr. 730.
2) Pat. vom 1. May 1810.

Frist erhoben werden, gehören zur ordentlichen Amtshandlung der Gerichtsbehörden [1]).

§. 1173.

Andere entgeldliche Verträge über Dienste.

Die Verträge, wodurch eine Sache oder eine Handlung für eine übernommene Handlung versprochen wird, sind nach den über die entgeldlichen Verträge überhaupt, und insbesondere nach den in diesem Hauptstücke aufgestellten Regeln zu beurtheilen.

Am gewöhnlichsten werden Dienstleistungen, Handlungen oder auch Unterlassungen gegen einen Lohn im Gelde versprochen. Darum hat auch das Gesetz diese Art der Verträge besonders herausgehoben. — Es können aber auch Handlungen bloß gegen Sachen, oder für Geld und Sachen zugleich, z. B. gegen Lohn und Verpflegung, was bey dem Dienstgesinde der Fall ist, oder gegen Handlungen oder Unterlassungen geleistet werden, was jedoch seit Erfindung des Geldes seltener geschieht, da die Ausgleichung im Gelde leichter zu treffen ist. — Die Gesetzgebung fand für überflüssig, für diese ohnehin seltner vorkommenden Verträge besondere Bestimmungen festzusetzen, da die allgemeinen Vorschriften über Verträge, der Inhalt des getroffenen Uebereinkommens und die Vorschriften, welche in diesem Hauptstücke für jene Fälle aufgestellt worden sind, wo sich der Lohn im Gelde ausbedungen wurde, hinreichend sind, um die aus den hier erwähnten, mit keinen besonderen Nahmen bezeichneten (in der Rechtssprache ungenannten) Verträgen für die Paßcisccenten entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten zu entnehmen.

§. 1174.

Was Jemand wissentlich zur Bewirkung einer unmöglichen oder unerlaubten Handlung gegeben hat, kann er nicht wieder zurück fordern. — In

1) Justiz. Hofdec. vom 18. April 1822. Wag. Ztsch. 4 H., S. 227.

wie fern es der Fiscus einzuziehen berechtiget sey, bestimmen die politischen Verordnungen. Ist aber etwas zur Verhinderung einer unerlaubten Handlung demjenigen, der diese Handlung begehen wollte, gegeben worden; so findet die Zurückforderung Statt.

1) Ein unter einer physisch-unmöglichen oder unerlaubten Bedingung gemachtes Versprechen ist ungültig (§§. 698 u. 897). Ein solcher Vertrag gründet weder für denjenigen, der sich dieses Versprechen machen ließ, ein Recht, die Erfüllung des Versprechens zu fordern, noch für denjenigen, der das Versprechen geleistet hat, ein Recht, das bedungene Entgeld zu verlangen, wenn er sich auch der Verübung der zugesagten unerlaubten Handlung unterzogen haben sollte. — Ein unter dem Scheine einer erlaubten Dienstleistung gemachtes Versprechen, wodurch jedoch nur die unerlaubte Handlung zu bewirken erzielt wurde, wäre nach ihrer wahren Beschaffenheit zu beurtheilen (§. 916).

2) Hat aber Jemand einem Anderen zur Bewirkung einer physisch-unmöglichen oder unerlaubten Handlung, deren Unmöglichkeit oder Unerlaubtheit beyden Theilen, oder doch dem Geber bekannt seyn mußte, schon wirklich etwas gegeben; so betrachtet das Gesetz die Handlung als einen unmöglichen Auftrag (§§. 710 u. 901), und ertheilt dem unwürdigen Geber keine Rechtshülfe, das Gegebene wieder zurück zu fordern. — Ob aber der schändliche Lohn dem ebenfalls unwürdigen Empfänger nicht wenigstens in besonderen wichtigen Fällen von dem Fiscus abzufordern sey, bestimmen die politischen Verordnungen und die Strafgesetze. — So ordnet z. B. der §. 88 des St. G. B. I. Th. an, daß das einem Beamten in der Absicht, um ihn zu einer Parteylichkeit zu verleiten, gegebene Geschenk, zum Armenfonde des Ortes zu erlegen sey.

3) Wer dagegen in guter Absicht, zur Hintanhaltung eines ihm selbst, oder Andern (z. B. von Räubern, Mordbrennern, Ehrenschändern u. dgl.) bevorstehenden Unrechtes, oder überhaupt zur Hintanhaltung einer unerlaubten Handlung ein

Entgeld versprochen oder geleistet hat, verdient allerdings eine besondere Begünstigung gegen den unwürdigen Empfänger. Er ist daher nicht nur von seinem, dem Unwürdigen gemachten Versprechen loszuzählen, sondern auch berechtiget, jenes, was der Andere aus einem unrechtmäßigen Titel empfangen hat, zurück zu fordern. Durch die gegenwärtige Vorschrift des Gesetzes scheint mir auch der §. 88 des St. G. B. I. Theils eine kleine Abänderung erlitten zu haben, und daher das Geschenk, welches einem Beamten zu dem Ende gemacht worden ist, damit er sein Amt nach Pflicht ausübe, nur dann zum Armenfonde des Ortes einbezogen werden zu müssen, wenn der Geschenkgeber auf sein ihm durch gegenwärtigen §. eingeräumtes Zurückforderungsrecht Verzicht geleistet hat.

Sieben und zwanzigstes Hauptstück.

Von dem Vertrage über eine Gemeinschaft der Güter.

§. 1175.

Entstehung einer Erwerbsgesellschaft — Begriff.

Durch einen Vertrag, vermöge dessen zwey oder mehrere Personen einwilligen, ihre Mühe allein oder auch ihre Sachen zum gemeinschaftlichen Nutzen zu vereinigen, wird eine Gesellschaft zum gemeinschaftlichen Erwerbe errichtet.

1) Entgeldliche Verträge können, wie aus den früheren Hauptstücken zu ersehen ist, theils bloß über Sachen, theils bloß über persönliche Leistungen, theils aber auch, wie die nun folgenden zwey Hauptstücke zeigen, über beyde zugleich geschlossen werden.

2) Es können zuförderst mehrere Personen einwilligen, theils Sachen (worunter auch das Geld gehört), theils persönliche Bemühungen zum gemeinschaftlichen Nutzen (Erwerbe, Gewinne) zu vereinigen. — Dadurch entsteht ein gesellschaftlicher Verein, ein Vertrag, den man einen Vertrag über eine Gemeinschaft der Güter, eine Vertragsgemeinschaft (§. 825), Erwerbsgesellschaft, oder auch vorzugsweise Gesellschafts- (Societäts-) Vertrag zu nennen pflegt.

3) Die wesentlichen Bestandtheile dieses Vertrags sind also: a) die wechselseitige Einwilligung, wie bey jedem Vertrage, aber insbesondere b) zur Erzielung eines gemeinschaftlichen Nutzens, und zwar c) mittelst Beytrages von persönlichen Kräften und eigenthümlichen Sachen zugleich, oder bloß von Kräften, wofern von einigen, oder auch von allen Mitgliedern fremdes (anvertrautes) Gut gemeinschaftlich benützt werden soll.

§. 1176.

Eintheilung.

Je nachdem die Mitglieder einer Gesellschaft nur einzelne Sachen oder Summen, oder eine ganze

Gattung von Sachen, z. B. alle Waaren, alle Früchte, alle liegende Gründe, oder endlich ihr ganzes Vermögen ohne Ausnahme der Gemeinschaft widmen, sind auch die Arten der Gesellschaft verschieden, und die Gesellschaftsrechte mehr oder weniger ausgedehnt.

§. 1177.

Wenn ein Gesellschaftsvertrag auf das ganze Vermögen lautet; so wird doch nur das gegenwärtige darunter verstanden. Wird aber auch das künftige Vermögen mit begriffen; so versteht man darunter nur das erworbene, nicht das ererbte, außer es wäre beydes ausdrücklich bedungen worden.

1) Die Gemeinschaft wird in Rücksicht des Gegenstandes, worüber der Vertrag errichtet wird, eingetheilt: a) in eine allgemeine, b) in eine besondere und c) in eine individuelle; je nachdem sie sich nähmlich auf das ganze Vermögen, oder nur auf eine gewisse Gattung des Vermögens, oder auf eine einzelne Sache bezieht.

2) Selbst die allgemeine, das ganze Vermögen umfassende Gemeinschaft hat noch drey Abstufungen; sie beschränkt sich nähmlich: a) entweder auf das gegenwärtige Vermögen allein, oder b) begreift auch das zukünftige Vermögen, was erworben wird, mit Ausschluß des Ererbten in sich, oder c) dehnet sich auf das Letztere aus.

3) Es ist, wie v. Zeiller bemerkt, dem Sprachgebrauche und der wahrscheinlichen Absicht der Vertragschließenden angemessen, daß, wenn man auch sein ganzes Vermögen der Gemeinschaft widmet, doch nur das gegenwärtige darunter zu verstehen sey, wofern nicht ausdrücklich auch das künftige eingeschlossen wird.

4) Wird nebst dem gegenwärtigen auch das künftige Vermögen überhaupt ohne nähere Beschränkung ausgedrückt; so

wird darunter nur das Vermögen verstanden, was erworben wird. Was will der Gesetzgeber aber unter dem Ausdrucke „erworben" hier eigentlich verstanden haben? — Das Wort „erwerben" hat nähmlich selbst nach dem Inhalte des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches verschiedene Bedeutungen; in vielen, ja, in den meisten Fällen ist unter Erwerbung auch die Ererbung begriffen, wie dieses deutlich aus dem §. 424 hervorgehet. — Dagegen ist der Begriff der Erwerbung in mehreren Fällen z. B. §. 92 auf das durch persönliche Bemühungen zu erlangende Vermögen beschränkt. In dem vorliegenden Falle begreift das Wort „erwerben" jede Erlangung eines Eigenthums auf eine rechtmäßige Art und Weise, mit Ausnahme der Verfügung auf einen Todesfall ohne Unterschied in sich, ob dasselbe durch belastenden oder unbelastenden Titel überkommen worden ist. Haben die Pasciscenten ausdrücklich nur das künftige erworbene Vermögen der Gütergemeinschaft unterzogen; so läßt sich im Allgemeinen nicht entscheiden, ob auch hier der nähmliche Begriff der Erwerbung unterlegt werden müsse; sondern es muß in jedem speciellen Falle die Erklärung dieses Ausdruckes aus dem ganzen Inhalte des Vertrages und den Umständen der Person hergehohlet werden. Würde z. B. in den Ehepacten gemeiner Gewerbsleute das künftig zu erwerbende Vermögen in die Gütergemeinschaft gezogen, so schienen sie allerdings nur das durch ihre Bemühungen überkommende Vermögen darunter zu verstehen, dagegen wird unter Standespersonen, bey welchen die Frau in dem engeren Sinne des Wortes selten etwas erwirbt, der Begriff der Erwerbung auch ausgedehnter genommen werden müssen.

5) Der Ausdruck „ererben„ hingegen ist hier im weiteren Sinne zu nehmen, und darunter all jenes Vermögen zu verstehen, welches einem Mitgliede der Gemeinschaft von dem Nachlasse eines Verstorbenen, aus dem Gesetze, aus dem letzten Willen eines Verstorbenen, oder durch eine Schenkung für den Todesfall zufällt, und begreift daher nicht nur allein das Ererbte im eigentlichen und strengeren Sinne des Wortes, sondern auch Fideicommisse und Vermächtnisse in sich. Dieses geht aus dem Gegensatze von erwerben und ererben hervor; denn

wenn das Ueberkommen eines, auf die ganze Verlassenschaft sich beziehenden Theils eines Nachlasses nicht unter dem Ausdruck: „erwerben" begriffen werden kann, so können auch einzelne Sachen oder Summen, die Jemanden aus dem Nachlasse eines Verstorbenen zukommen, darunter nicht begriffen werden. Es versteht sich übrigens von selbst, daß die Pasciscenten die Ausdrücke „erwerben und ererben" willkührlich erweitern und beschränken können, und daß sie der Gütergemeinschaft überhaupt durch ausdrückliche Bestimmungen willkührliche Gränzen anweisen können.

§. 1178.

Form der Errichtung.

Gesellschaftsverträge, welche sich nur auf das gegenwärtige, oder nur auf das zukünftige Vermögen beziehen, sind ungültig, wenn das von dem einen und dem anderen Theile eingebrachte Gut nicht ordentlich beschrieben und verzeichnet worden ist.

1) Vertragsgemeinschaften können im Allgemeinen, so wie Verträge überhaupt (§. 883) in beliebiger Form, gerichtlich oder außergerichtlich, schriftlich oder mündlich, und wohl auch stillschweigend (§. 863), z. B. durch gemeinschaftlichen Kauf einer in der Folge wieder verkauften Sache, geschlossen werden. — Sobald aber keine allgemeine Gütergemeinschaft, sowohl über das gegenwärtige, als künftige sämmtliche Vermögen, sondern nur über das gegenwärtige, oder nur über das künftige Vermögen errichtet werden soll; so muß das (ursprünglich) eingebrachte (gegenwärtige) Vermögen des einen oder anderen Mitgliedes ordentlich verzeichnet und beschrieben werden. Sonst ist der Vertrag ungültig, und eine andere Art des Beweises über das eingebrachte und erworbene Vermögen wird nicht zugelassen. — Der Grund dieser Anordnung ist, um allen Streitigkeiten, welche über den Betrag des nach Schließung der Ehe hinzugekommenen Vermögens entstehen könnten, vorzubeugen. — Denn wird nur das gegenwärtige

Vermögen der Gütergemeinschaft unterzogen, so muß man bey der Theilung des gemeinschaftlichen Vermögens wissen, was jeder Theil bey Errichtung der Gemeinschaft für ein Vermögen besessen habe, weil nur dasselbe der Gütergemeinschaft unterzogen wurde; und umgekehrt, wenn das zukünftige Vermögen als ein gemeinschaftliches Gut angesehen werden muß, so ist gleichfalls eine Beschreibung desjenigen Vermögens, was jeder Pasciscent bey Errichtung der Gütergemeinschaft besessen hat, nothwendig, indem dieses aus der Gemeinschaft ausgeschieden werden muß.

2) Die Form der Beschreibung und Bezeichnung des von den Pasciscenten eingebrachten Vermögens hat das Gesetz nicht ausdrücklich vorgeschrieben. Am zweckmäßigsten wird wohl dasselbe in Gestalt eines ordentlichen Inventariums, in welchem auch zugleich der Werth der eingebrachten Stücke ausgeworfen erscheint, errichtet werden. Doch ist dieses nicht ausdrücklich vorgeschrieben, und es genügt zur Gültigkeit des Vertrages, wenn diese Stücke nur ordentlich aufgezeichnet wurden. — Auch scheint mir zur Gültigkeit des Gesellschaftsvertrages nicht einmahl die Fertigung des Verzeichnisses von den Pasciscenten nöthig zu seyn, wenn auf einem anderen Wege erwiesen werden kann, daß das vorfindige Verzeichniß richtig zu dem angeführten Zwecke verfaßt worden ist [1]). Denn nach dem Geiste des Gesetzbuches streitet die Vermuthung für die möglichste Freyheit der Form bey Verträgen; Erfordernisse also, an deren Vernachlässigung nicht ausdrücklich die Ungültigkeit des Vertrages geknüpft ist, können auch von dem Richter nicht mit dieser Folge belegt werden; um so weniger kann es aber angehen, eine Form, die das Gesetz nicht einmahl ausdrücklich vorgeschrieben hat, als ein wesentliches Erforderniß zur Gültigkeit des Vertrages festzustellen. — Vereinigen sich die Pasciscenten über den Werth der von jedem Theile eingebrachten Vermögensstücke; so scheint es auch genügend zu seyn, wenn nur die Summe des von dem einen und dem andern Theile eingebrachten Vermögens ausgesetzt wird. V. Scheidlein [2]) ist zwar der Meinung, daß eine solche summarische Angabe des Ver-

1) Anders verordnet es das Josephinische Gesetzbuch §. 95.

2) In seiner Abhandlung über die Ehepacten.

mögens nicht hinlänglich sey, sondern daß wenigstens die Rubriken, in welche sich das Vermögen reihen läßt, ausgeworfen werden müssen, damit die noch in Natur vorhandenen Gegenstände demjenigen, der sie besessen hat, in Natur zugebracht werden können. Allein die Pascisccenten haben gerade durch den summarischen Werth-Ansatz ihres Vermögens auf das Recht der Natural-Zutheilung stillschweigend verzichtet; es muß also im vorliegenden Falle die Sache so angesehen werden, als wenn die Pascisccenten die ausgeworfene Summe im baren Gelde eingebracht hätten, und als ob die sich vorfindigen Vermögens-Stücke lediglich erst nach der Hand wären angeschaffet worden.

3) Es kann nach dem bereits oben Gesagten keinem Zweifel unterliegen, daß die Pascisccenten die theilweise Gütergemeinschaft auch näher beschränken können, als bloß auf das zukünftige oder gegenwärtige Vermögen. So können sie z. B. in Hinsicht des zukünftigen Vermögens nebst dem Ererbten alles dasjenige, was ein Theil von ihnen durch einen lukrativen Titel an sich bringt, ausschließen, oder sie können umgekehrt bloß eine einzige Art des Erwerbes z. B. die Erbschaft der Gütergemeinschaft unterziehen. — Im ersteren Falle wird zur Gültigkeit eines solchen Vertrages ebenfalls die Errichtung eines Verzeichnisses des zugebrachten Vermögens nothwendig seyn, um den Betrag des während der bestandenen Gemeinschaft zugewachsenen Vermögens zu bestimmen. Wird behauptet, daß unter diesem während der Gemeinschaft hinzugekommenen Vermögen ein solches begriffen sey, welches von der Gemeinschaft ausgeschlossen worden; so liegt dem Behauptenden der Beweis hierüber ob. Wird dagegen nur eine einzige Art des Erwerbes in die Gütergemeinschaft gezogen, so scheint ein solches Verzeichniß ganz überflüssig zu seyn, da derjenige, der ein Recht aus dieser individuellen Gemeinschaft anspricht, zu beweisen hat, welches Vermögen auf diese bestimmte Art erworben worden sey.

§. 1179.

Wie der gesellschaftliche Vertrag unter Handelsleuten zu errichten, in die gehörigen Register

einzutragen und öffentlich bekannt zu machen sey, bestimmen die besonderen Handels- und politischen Gesetze. Werden nur einzelne Geschäfte gemeinschaftlich betrieben; so ist genug, wenn der darüber errichtete Vertrag in den Handlungsbüchern erscheint.

1) Eine weitere Ausnahme von der Regel, daß Gesellschaftsverträge in beliebiger Form errichtet werden können (§. 1178) machen ordentliche Handlungsgesellschaften. Unter einer solchen (Handlungscompagnie, Mascopei) versteht man jene vertragsmäßige Vereinigung zweyer oder mehrerer Personen, welche in der Absicht eingegangen wird, Handelsgeschäfte auf gemeinschaftlichen Gewinn und Verlust zu betreiben. Die Vereinigung geschieht entweder zu einer fortdauernden Betreibung von Handelsgeschäften, oder es sollen bloß einzelne Handlungsgeschäfte auf gemeinschaftliche Rechnung unternommen werden. Im letzteren Falle wird der Verein eine Gelegenheitsgesellschaft (societé en participation) genannt.

2) In Ansehung solcher Handlungsgesellschaften bestehen nun eigene politische Verordnungen, welche die in dem bürgerlichen Gesetzbuche in Bezug auf Gesellschafts-Verträge aufgestellten Vorschriften theils beschränken, theils neue Zusätze zu selben enthalten. — Zuvörderst ist zu bemerken, daß jeder, der das Recht hat einen bestimmten Handel zu treiben, auch befugt sey einen oder mehrere Gesellschafter aufzunehmen, um mit diesen den Gewinn und Verlust der Unternehmung zu theilen. Selbst bey solchen Handelsbeschäftigungen, die gesetzlich nur auf eigene Hand, ohne Gehülfen betrieben werden dürfen, wie z. B. Hausirer, können Gesellschafter existiren, jedoch nur in so weit, als sie mit ihrem Vermögen zu dem Unternehmungsfonde beytragen, und beym Ankaufe der Waare thätig sind; den Verschleiß dürfen sie nicht besorgen.

3) Es gibt Handlungen, bey welchen Niemand zu dem Betriebe derselben zugelassen wird, wenn er nicht früher den erforderlichen Fond hierzu, der durch politische Verordnungen festge-

setzt ist, ausweiset. Nach Ausweisung dieses Fondes, welcher (bey Kleinhandlungen von der politischen Behörde, bey Großhandlungen hingegen von dem Merkantil und Wechselgerichte der Provinz) geprüft, und für genügend erkannt werden muß, wird zur Einlegung und Protocollirung der Firma geschritten, worunter man jene Unterschrift versteht, deren sich eine Handlung bey ihren Geschäften bedient. Die Einlegung derselben hat bey dem Merkantil- und Wechselgerichte der Provinz zu geschehen, und zu diesem Zwecke muß der Handelsmann dieser Behörde nicht nur anzeigen, wie seine Firma laute, und welche Personen das Recht haben sollen, im Nahmen der Handlung zu unterzeichnen, sondern er muß ihr auch die Schriftzüge vorlegen, mit welchen jeder einzelne Firmaführer im Nahmen der Handlung unterzeichnen wird. — Dasselbe hat der Handelsmann zu beobachten, wenn er seine bey dem Merkantil- und Wechselgerichte schon eingelegte Firma in der Folge wieder abändern will. — In Ansehung dieser Einlegung der Firma muß aber zwischen der Verpflichtung und dem Befugnisse hiezu unterschieden werden. — Verpflichtet sind zur Einlegung ihrer Firma nur jene Handels- und Gewerbsleute, bezüglich welcher bestimmte Verordnungen bestehen, welche die Protocollirung bey ihnen ausdrücklich vorschreiben; befugt zur Protocollirung dagegen sind alle jene Handelsleute, Professionisten und Fabrikanten, welche zwar nicht in die vorige Cathegorie gehören, denen aber das Recht zukömmt, trockene Wechsel auszustellen; machen sie von diesem Rechte wirklich Gebrauch, so geht ihre Berechtigung in eine Verpflichtung über. Die Eröffnung der Handlung wird den Handelsleuten durch Briefe kund gemacht. Diese Briefe heißen Oblatorien (Rundschreiben, Circularien). Die Oblatorien werden an die Handelsleute gleichlautend abgesendet, sie sind daher gewöhnlich bis auf die Unterschrift und die Adresse gedruckt. Vor der Drucklegung müssen dieselben dem Merkantil- und Wechselgerichte zur Begnehmigung vorgelegt werden. — Diese Erörterungen glaubte ich vorausschicken zu müssen, damit die auf die Handelsgesellschaf-

ten insbesondere sich beziehenden Anordnungen deutlich aufgefaßt und begriffen werden.

4) Es gibt nähmlich Fälle, wo die Personen, die unter sich eine Handlungsgesellschaft eingehen, zur Errichtung eines schriftlichen Gesellschafts-Contractes und zur Niederlegung desselben bey der Behörde, um daselbst protocollirt zu werden, rechtlich verpflichtet sind; es gibt wieder andere Fälle, wo solche Personen zwar berechtiget, aber nicht verbunden sind, einen schriftlichen Societäts-Vertrag zu schließen, und denselben bey der Behörde zur Protocollirung vorzulegen; endlich gibt es wieder Fälle, wo es ihnen frey stehet, den Gesellschaftsvertrag schriftlich oder bloß mündlich einzugehen, ihre schriftlichen Verträge protocolliren zu lassen aber nicht berechtiget sind.

5) Zur Einlegung des schriftlich zu errichtenden Gesellschaftsvertrages und zu dem Ansuchen um Protocollirung desselben sind verpflichtet: a) jene Handelsleute, die schon vor dem Antritte ihrer Handlung zur Einlegung ihrer Firma verpflichtet waren, wenn sie zum fortdauernden Betriebe ihrer Handlung und nicht bloß zur Unternehmung einzelner Handelsgeschäfte mit anderen Personen auf bestimmte oder unbestimmte Zeit in Gesellschaft treten. Diese müssen vor dem Beginne der Gesellschaftshandlung den schriftlichen Gesellschaftsvertrag dem Merkantil- und Wechselgerichte zur Protocollirung vorlegen, widrigens sie eine Geldstrafe von 50 Reichsthaler verwirken [1]). b) Die zur Einlegung ihrer Firma vor dem Antritte ihres Handels zwar nicht verpflichteten, aber zur Ausstellung trockener Wechsel berechtigten Handelsleute, sobald sie zum fortdauernden Betriebe ihrer Handlungsgeschäfte, und nicht bloß zu einzelnen Handelsspeculationen, mit anderen Personen auf bestimmte oder unbestimmte Zeit eine Gesellschaft eingehen, und entweder schon vor dem Abschlusse des Gesellschaftsvertrages von dem Rechte, trockene Wechsel auszustellen, Gebrauch gemacht haben, oder nachher davon Gebrauch machen [2]). Diese haben den schriftlich zu errichtenden Gesellschaftsvertrag, und zwar, wenn sie schon vor Eingehung der Societät trockene

1) Wechselordnung vom 1. Oct. 1763. Art. 8.
2) Hofkam. Dec. vom 29. Sept. 1812.

Wechsel ausstellten, vor dem Beginne der Gesellschaftshandlung, wenn sie aber von diesem Rechte erst nachher Gebrauch machen, binnen sechs Wochen von dem Tage an, seit welchem sie sich dieses Rechtes bedienten, gleichfalls bey dem Merkantil- und Wechselgerichte zur Protocollirung nieder zu legen; widrigens sie in eine Geldstrafe von 50 Reichsthaler verfallen [1]). c) Die den türkischen Großhandel hierlandes betreibenden türkischen Unterthanen, wenn sie ein Befugnißdecret hiezu von der Landesstelle zu erhalten wünschen. Diese haben, wenn sie ihren Handel in Gesellschaft betreiben, vorher den schriftlichen Societäts-Vertrag bey dem Landrechte einzulegen, welches denselben protocollirt, und davon das Merkantil- und Wechselgericht verständigt [2]).

6) Bloß berechtigt, aber nicht verpflichtet, einen schriftlichen Gesellschafts-Contract zu errichten, und denselben bey der Behörde zur Protocollirung vorzulegen, sind folgende Handelsleute: a) Jene, die eine protocollirte Firma besitzen, können, wenn sie mit dritten Personen bloß eine Gelegenheits-Gesellschaft eingehen, den hierüber schriftlich errichteten Societäts-Vertrag bey eben jener Behörde, bey welcher ihre Firma protocollirt ist, widerlegen, es ist jedoch auch genug, wenn die zwischen ihnen bestehende Uebereinkunft, obgleich hierüber keine besondere Urkunde ausgefertigt wurde, in den Handlungsbüchern erscheint; b) jene, die zur Einlegung ihrer Firma nicht verpflichtet, aber zur Ausstellung trockener Wechsel berechtiget sind, können, wenn sie ihre Handlung in Gesellschaft betreiben, aber von dem Rechte zur Ausstellung trockner Wechsel noch keinen Gebrauch gemacht haben, den Gesellschaftscontract bey dem Mercantil- und Wechselgrichte protocolliren lassen, ohne jedoch hierzu verpflichtet zu seyn [3]).

7) Jene Handel treibende Personen, die zur Einlegung ihrer Firma weder verpflichtet noch berechtiget sind, haben auch kein Recht, wenn sie zum Betriebe ihres Handels in Gesellschaft getreten sind, die Protocollirung des geschlossenen Societäts-Vertrages anzusuchen. Dahin gehören insbesondere alle jene, die einen

1) Obige Wechs. Ordnung. Art. 8.
2) Hofkam. Dec. vom 23. July 1806.
3) Hofkam. Dec. vom 29. Sept. 1812.

frey gegebenen Handelszweig ausüben [1]). Sollte sich jedoch eine freye Handelsbeschäftigung durch einen längeren und ausgezeichneten Betrieb zu einer bleibenden selbstständigen Unternehmung hervorthun, und dem allgemeinen Interesse entsprechen, zugleich gegen die Person des Unternehmers kein Bedenken eintreten; so kann die Landesstelle für die ausnahmsweise Bewilligung der Protocollirung des Societäts-Contractes bey der Hofstelle einschreiten [2]).

8) Die Errichtung der Handlungsgesellschaft muß öffentlich bekannt gemacht werden: a) wenn ein öffentlicher Gesellschafter aufgenommen wird, es mag wegen seines Eintrittes die Abänderung der Firma nothwendig seyn oder nicht; b) wenn der eintretende Compagnon, wäre er auch nur ein stiller, das Recht erhält, die Firma zu führen. — Zur Erläuterung dessen muß bemerkt werden, daß es öffentliche und geheime, oder stille Gesellschaften gebe, wovon jedoch weiter unten §. 1204 umständlicher gehandelt werden wird.

9) In der Regel ist jeder, der gültige Verträge schließen kann, befugt, sich mit Handelsleuten zu vereinen, und wer mit einem befugten Handelsmanne in Gesellschaft tritt, kann weder zur Darthuung der zur Erwerbung eines Handlungsbefugnisses sonst nothwendigen Eigenschaften, noch zum Ausweise eines Fondes verhalten werden. — Nur der Gesellschafter eines Buchhändlers oder Antiquars muß gleichfalls ein gelernter Buchhändler seyn [3]). Der Eintritt in eine Handlungsgesellschaft ist jedoch untersagt: a) den öffentlichen Beamten [4]), den beeideten Sensalen und sowohl den Börse [5])- als auch den Waaren-Sensalen [6]). Eben so ist den hiesigen Großhändlern verbothen mit auswärtigen Handlungshäusern in eine Gesellschaft zu treten [7]), und den heisigen Unterthanen mit Unterthanen der ottomanischen Pforte eine Handlungsgesellschaft einzugehen [8]); und es ist auch den öster-

1) Commerzhofcomm. Dec. vom 20. Juny 1818.
2) Commerzhofcomm. Dec. vom 3. July 1822.
3) Ordnung f. d. Gremium der Buchhändler und Antiquare vom 18. März 1806, §. 10.
4) Hofdec. vom 23. März 1776.
5) Börsepat. vom 1. Aug. 1771, §. 20.
6) Waaren-Sensalen-Instruction vom 18. April 1785, §. 17.
7) Hofkam. Dec. vom 30. April 1811, §. 3.
8) Hofkam. Dec. vom 23. July 1806.

reichischen Handelsleuten in der Levante untersagt, förmliche Handelsgesellschaften mit Rajas, d. i. mit Unterthanen der ottomanischen Pforte, welche nicht der mohamedanischen Religion zugethan sind, oder mit Unterthanen anderer fremden Mächte zu errichten [1]).

§. 1180.

Der Vertrag über eine Gemeinschaft des ganzen sowohl gegenwärtigen als künftigen Vermögens, welcher gewöhnlich nur zwischen Ehegatten errichtet zu werden pflegt, ist nach den in dem Hauptstücke von den Ehe-Pacten hierüber ertheilten Vorschriften zu beurtheilen. — Die gegenwärtigen Vorschriften beziehen sich auf die übrigen Arten der durch Vertrag errichteten Gütergemeinschaft.

Eine vertragsmäßige allgemeine Gütergemeinschaft, zufolge welcher ohne Rücksicht, was ein oder das andere Mitglied ursprünglich eingeleget, zum Erwerbe mitgewirkt, und für sich verwendet hat, das gesammte Vermögen demnach gleich getheilt werden soll, läßt sich, wie v. Zeiller bemerkt, wohl nur unter Personen erwarten, welche die innigste Zuneigung und das engste Interesse miteinander verbindet. — Daher ist diese Art der Gemeinschaft, wie überall, so auch in Oesterreich nur unter Ehegatten gewöhnlich; und es wurde daher aus diesem Grunde die Behandlung derselben dem Hauptstücke von den Ehepacten vorbehalten. Verbothen ist eine solche Gemeinschaft auch unter anderen Personen, wie z. B. nach preußischem [2]) und nach französischem Rechte [3]) gerade nicht; allein sie scheint so ungewöhnlich zu seyn, daß sie eines ausdrücklichen Verbothes gar nicht bedurfte. — Sollten inzwischen doch Fälle einer solchen Gemeinschaft zwischen anderen Personen als den Ehegatten vorkommen, so wäre sich nach den Bestimmungen des folgenden Hauptstückes zu achten.

1) Commerzhofcomm. Dec. vom 21. Aug. 1818. Uebrigens sehe man hierüber das Handbuch des österreichischen Handelsrechtes vom Herrn Prof. Fischer in Prag.
2) I. Th., Tit. 17., §. 176.
3) Art. 1837.

§. 1181.

Wirkung des Vertrages und des wirklichen Beytrages.

Der Gesellschaftsvertrag gehört zwar unter die Titel, ein Eigenthum zu erwerben; die Erwerbung selbst aber, und die Gemeinschaft der Güter oder Sachen kommt nur durch die Uebergabe derselben zu Stande.

1) So wie aus jedem Vertrage (§. 859) so entsteht auch aus dem Gesellschaftsvertrage sogleich ein persönliches Recht eines Mitgliedes gegen das andere, in der bestimmten Zeit, oder ohne Verzug (§. 904) jenes zum Erwerbe einzulegen, oder jene Dienstleistungen zu verrichten, zu dessen Einbringung oder Leistung es sich verpflichtet hat.

2) Zur wirklichen Erwerbung des gemeinschaftlichen Eigenthums jener Sachen, welche ein Mitglied der Gesellschaft in das gemeinschaftliche Eigenthum derselben einzubringen versprochen hat, muß eine angemessene Uebergabe (§. 426 u. f. w.) zu Handen desjenigen, oder derjenigen, welche durch den Gesellschaftsvertrag hierzu autorisirt erscheinen, hinzukommen (§. 1190). So lange die Uebergabe noch nicht geschehen ist, bleibt jeder noch Eigenthümer der von ihm einzulegenden Sachen. Gehen sie also noch vorher ganz oder zum Theil zu Grunde, so trägt er den Schaden allein (§. 1311), und kann nur durch die Einbringung von Gegenständen gleicher Art auf die Aufnahme in die Gemeinschaft Anspruch machen.

§. 1182.

Hauptstamm.

Alles, was ausdrücklich zum Betriebe des gemeinschaftlichen Geschäftes bestimmet worden ist, macht das Capital oder den Hauptstamm der Gesellschaft aus. Das Uebrige, was jedes Mitglied besitzt, wird als ein abgesondertes Gut betrachtet.

§. 1183.

Wenn Geld, verbrauchbare, oder zwar unverbrauchbare, jedoch in Geldwerth angeschlagene Sachen eingelegt werden; so ist nicht nur der daraus verschaffte Nutzen, sondern auch der Hauptstamm in Rücksicht der Mitglieder, welche hierzu beygetragen haben, als ein gemeinschaftliches Eigenthum anzusehen. Wer nur seine Mühe zum gemeinschaftlichen Nutzen zu verwenden verspricht, hat zwar auf den Gewinn, nicht aber auf den Hauptstamm einen Anspruch (§. 1192).

1) Das gemeinschaftliche Gut oder den Hauptstamm der Gesellschaft machen diejenigen Summen und Sachen aus, welche erwähnter Massen (§. 1181) zum Betriebe der gemeinschaftlichen Geschäfte oder zum Erwerbe eingebracht worden sind. — Hierzu gehört auch das Forderungs-Recht in Bezug auf das von den einzelnen Mitgliedern der Gesellschaft einzubringen Versprochene, aber noch nicht wirklich Eingebrachte. Ueber denjenigen Theil des Vermögens, welches einem Mitgliede eigenthümlich angehört, und das es in die Gesellschaft einzubringen sich nicht verpflichtet hat, behält dasselbe das Recht, nach Willkühr frey zu verfügen, und ist daher als ein abgesondertes Gut zu betrachten.

2) Selbst die in die Gesellschaft eingebrachten Sachen sind nicht immer ihrer Substanz nach ein Eigenthum der Gesellschaft. — Denn bey einer Gesellschaft zum gemeinschaftlichen Erwerbe ist der Hauptzweck derselben nur auf Erzielung eines Gewinnes, nicht aber auf die Ansichbringung eines in der Gesellschaft zu verbleibenden Eigenthums gerichtet. — Wenn sich daher ein Mitglied in dem Gesellschaftsvertrage verpflichtet, Sachen, die unter die unverbrauchbaren gehören, in das Gesellschaftsvermögen einzubringen; so muß angenommen werden, daß nur die Benützung derselben der Gesellschaft eingeräumt sey, und es sich die Proprietät über die Substanz vorbehalten habe. — Eine Ausnahme hiervon macht außer dem Falle, daß ausdrücklich das Ge-

gentheil bestimmt worden ist, der Fall, bey welchem die eingebrachten unverbrauchbaren Sachen in Geldwerth angeschlagen worden sind. Hier wird nähmlich angenommen, daß die Sachen um diesen Preis der Gesellschaft eigenthümlich überlassen wurden; die Gesellschaft übernimmt deren Nutzen und Gefahr (§. 1064), und der vorige Eigenthümer muß sich beym Austritte mit dem Empfange des festgesetzten Werthes begnügen.

3) Werden verbrauchbare Sachen in die Gesellschaft eingebracht, so sind sie nach ihrem Begriffe (§. 301), wenn sie auch nicht ausdrücklich zu einem bestimmten Werthe angeschlagen worden wären, als ein Eigenthum der Gesellschaft anzusehen, und dem früheren Eigenthümer ist bey dem Austritte der bereits ausgemittelte, oder erst auszumittelnde Werth zu entrichten.

4) Wer der Gesellschaft bloß seine Bemühungen widmet, trägt zum Hauptstamme (Nr. 1) nichts bey, hat daran keinen Antheil, und kann also bey Zutheilung des Hauptstammes auf einen Theil desselben keinen Anspruch machen. Seine Fähigkeit und sein Wille, den Nutzen der Gesellschaft zu befördern, ist eigentlich die Substanz, das Capital, das von seiner Person unzertrennlich ist, und daher der Gesellschaft nicht abgetreten werden kann; die aus dieser Fähigkeit und dem Willen dann wirklich entspringenden, zur Beförderung des Gesellschaftszweckes angewandten Bemühungen sind die aus dieser Substanz hervorgehenden Nutzungen, welche der Gesellschaft angehören. — Eine Ausnahme von der im Eingange dieses Absatzes vorkommenden Behauptung würde, wie v. Zeiller bemerkt, dann eintreten, wenn die verheißene Bemühung als ein eingelegtes Capital des Mitgliedes angenommen würde; z. B. wenn der Hauptstamm durch kleinere Capitals-Einlagen oder Actien, jede etwa zu 5000 Gulden, zusammengebracht, und hievon dem geschicktesten Mitgliede 5 Actien gegeben würden, so hätte selbes auch an dem Hauptstamme einen Antheil von 25000 Gulden. — In diesem Falle wäre der Beytritt dieses Mitgliedes in die Gesellschaft als gekauft anzusehen. Ohne eine ausdrückliche Stipulation ist daher ein solches Verhältniß desjenigen, der seine Bemühungen zum gemeinschaftlichen Nutzen zu verwenden versprochen hat, zur

Gesellschaft nicht anzunehmen; wenn daher auch seine Bemühungen in einem Capitalswerthe in Anschlag gebracht werden, so dienet dieses in der Regel nur dazu, den Maßstab zu bestimmen, nach welchem bey Vertheilung der Nutzungen auch sein Antheil ausgemessen werden soll.

5) Wenn ein Mitglied aus seinem abgesonderten Vermögen (Nr. 1.) zu den Gesellschaftszwecken etwas verwendet, so tritt es ganz in die Rechtsverhältnisse eines Dritten ein, der, ohne Mitglied der Gesellschaft zu seyn, ein Vermögen zum Nutzen derselben verwendet; — und so wie derjenige, der den Gesellschaftszweck durch eine Capitals-Einlage befördert, Herr seines anderwärtigen Vermögens bleibt, so kann auch derjenige, welcher bloß seine Kräfte zum Betriebe der Gesellschaft zugesagt hat, die erübrigenden Kräfte und Stunden zu seinem Privat-Zwecke verwenden.

§. 1184.

Rechte und Pflichten der Mitglieder. Beytrag zum Hauptstamme (Fond).

Jedes Mitglied ist, außer dem Falle einer besonderen Verabredung, verbunden, einen gleichen Antheil zum gemeinschaftlichen Hauptstamme beyzutragen.

1) Die erste zur wirksamen Gründung der Erwerbsgemeinschaft wesentliche Pflicht ist der ungesäumte Beytrag zum Hauptstamme. Wer säumig ist, kann zur Erfüllung (§. 1181) zum Ersatze des Schadens und zur Entrichtung der Zögerungszinsen (§. 1333) angehalten werden. — Uebrigens ist jedes Mitglied für die eingebrachten Sachen Gewähr zu leisten schuldig (§. 922).

2) Bey größeren Unternehmungen pflegt man den Unternehmungs-Fond durch Actien von einer bestimmten Summe zusammen zu bringen, wobey jedem, welcher der Gesellschaft beyzutreten Willens ist, frey steht, eine so große Anzahl von Actien zu nehmen, als ihm beliebt. — Geschieht aber dieses nicht, und haben sich mehrere zu einem gesellschaftlichen Zwecke verbunden, ohne daß früher bestimmt wurde, welchen Beytrag jedes einzelne Mitglied zu leisten habe, und sind auch die einzelnen Glieder

der Gesellschaft beygetreten, ohne daß sie sich erkläret haben, wie viel sie zu dem Gesellschafts-Zwecke beytragen wollen; so ist jedes Mitglied verbunden einen gleichen Antheil zum gemeinschaftlichen Hauptstamme beyzutragen. — Für den Fall, daß der Hauptstamm selbst noch nicht numerisch bestimmt war, als der Eintritt in die Gesellschaft geschah, müßte dieser nach dem Zwecke der Gesellschaft festgesetzt, und hiernach die einzelnen Beyträge der Mitglieder bestimmt werden.

§. 1185.

Mitwirkung.

In der Regel sind alle Mitglieder verbunden, ohne Rücksicht auf ihren größeren oder geringeren Antheil, zu dem gemeinschaftlichen Nutzen gleich mitzuwirken.

Durch die bloßen Beyträge wird noch nichts erworben; damit aus den Beyträgen ein Erwerb entstehe, gehört eine Anwendung von persönlichen Kräften dazu, und nur mittelst derselben werden die Beyträge fruchtbringend gemacht. — In Bezug auf die Mitwirkung durch persönliche Kräfte zum Gesellschaftszwecke kömmt es auf die Größe des Beytrages nicht an, den das eine oder andere Mitglied geleistet hat; sondern in dieser Hinsicht müssen in der Regel alle Glieder nach Maß ihrer Kenntnisse und Kräfte auf gleiche Art mitwirken.

§. 1186.

Kein Mitglied ist befugt, die Mitwirkung einem Dritten anzuvertrauen, oder Jemanden in die Gesellschaft aufzunehmen; oder ein der Gesellschaft schädliches Nebengeschäft zu unternehmen.

1) Sobald auf die persönliche Mitwirkung aller oder einiger Mitglieder gerechnet wird, muß man auch annehmen, daß auf ihre persönlichen Eigenschaften Rücksicht genommen, folglich ihnen nicht gestattet worden sey, die Mitwirkung an ihrer Stelle eigenmächtig, ohne Zustimmung der übrigen Gesellschaftsglieder einer anderen Person anzuvertrauen.

2) Um so weniger kann ein Mitglied, ob es gleich seinen Antheil an dem Hauptstamme und seinen zukünftigen Gewinn einem Dritten abtreten darf (§. 829), seine höchst persönlichen Gesellschaftsrechte oder Verbindlichkeiten auf einen Dritten übertragen, und auf diese Art und Weise den übrigen Gesellschaftsgliedern ein anderes Mitglied zur persönlichen Mitwirkung aufdringen. — Eben so wenig steht einem, oder einigen Mitgliedern das Befugniß zu, ein neues Mitglied aufzunehmen, sondern es müssen, wenn hierüber in dem Gesellschaftsvertrage nichts besonders ausgemacht ist, alle Mitglieder hierzu einwilligen.

3) Es steht zwar jedem Mitgliede frey, mit seinem abgesonderten Vermögen und den seiner freyen Anwendung vorbehaltenen Kräften (§. 1182) Nebengeschäfte zu treiben; allein sie dürfen nicht von der Art seyn, daß hierdurch der Zweck und die Angelegenheiten der Gesellschaft, zu deren Befriedigung er sich verbunden hat, beeinträchtiget werden (§. 1185). Aus dieser gesetzlichen Anordnung wird mit Recht gefolgert, daß kein Handlungsgesellschafter eine eigene Handlung von eben jener Art, wie die Societäts-Handlung ist, errichten, als Gesellschafter daran Theil nehmen, oder auch nur einzelne Geschäfte von eben jener Art, welche die Gesellschaft ergriffen hat, für eigene Rechnung betreiben dürfe. — Sollte jedoch ein Gesellschafter schon zur Zeit, als er in die Gesellschaft trat, ein Geschäft von eben jener Art, wie das gesellschaftliche ist, betrieben haben; so kann er dasselbe fortsetzen, wenn er sich zur Niederlegung nicht ausdrücklich verpflichtet hat [1]).

§. 1187.

Die Pflichten der Mitglieder werden durch den Vertrag genauer bestimmt. Wer sich bloß zur Arbeit verbunden hat, der ist keinen Beytrag schuldig. — Wer lediglich einen Geld- oder anderen Beytrag verheißen hat, der hat weder die

1) Siehe das oben citirte Werk des Herrn Prof. Fischer §. 101.

Verbindlichkeit, noch das Recht, auf eine andere Art zu dem gemeinschaftlichen Erwerbe mitzuwirken.

1) Gewöhnlich werden, wie v. Zeiller bemerkt, die Rechte und Pflichten der Theilnehmer an einer Erwerbsgemeinschaft, in Rücksicht ihres Beytrages zum Hauptstamme, oder zur thätigen, persönlichen Mitwirkung (§§. 1184 — 1186) schon bey der Errichtung genauer bestimmt: ob nähmlich, und wie viel jeder, ohne weitere thätige Mitwirkung, zum Unternehmungsfonde einlegen, und ob, oder welche Mitglieder bloß allein, oder nebst einem Sachbeytrage, ihre Kräfte den gesellschaftlichen Geschäften widmen sollen. — Dieser Vertrag muß daher bey Beurtheilung der Rechte und Pflichten der Mitglieder zur Grundlage dienen.

2) In Ermangelung einer ausdrücklichen Bestimmung, welche das Gegentheil enthielte, wird aber angenommen, daß derjenige, welcher sich bloß anheischig gemacht hat, seine persönlichen Kräfte dem Gesellschaftszwecke zu widmen, sich nicht auch zu einem Geldbeytrage verstanden habe; und eben so kann derjenige, welcher sich bloß zu einem solchen Geldbeytrage herbeygelassen hat, nicht gehalten werden, auch seine persönlichen Geistes- oder Leibeskräfte zum Gesellschaftszwecke anzuwenden, ja, da es auch den anderen Gesellschaftsgliedern nicht gleichgültig ist, welche Personen sich hier mit ihren Leibes- und Geisteskräften thätig zeigen, da eine unkluge Anwendung derselben sogar nachtheilig auf den Erwerb einwirken könnte, daher diejenigen, welche auf diese Art und Weise zum gesellschaftlichen Erwerbe sich thätig bezeigen, das Vertrauen der übrigen Gesellschaftsglieder genießen müssen; so ist auch kein Glied, das sich bloß zur Leistung eines Geldes oder anderen Beytrages anheischig gemacht hat, berechtiget, ohne Einstimmung der anderen Gesellschaftsglieder auf eine andere Art zu dem gemeinschaftlichen Erwerbe mitzuwirken.

3) Haben sich mehrere Personen zu einem gemeinschaftlichen Erwerbe verbunden, so liegt es, in so fern über die Art der Mitwirkung nichts besonderes bestimmt ist, wohl in der Natur der Sache, daß alle zu der einen oder anderen Art des Beytrags so-

wohl berechtiget, als auch verpflichtet seyn. — Denn der Gesellschaftszweck kann ohne beyde Arten von Beyträgen nicht erreicht werden; und in Ermangelung ausdrücklicher, besonderer Bestimmungen sind die Rechte und Pflichten aller Mitglieder gleich (§§. 1184 u. 1185).

4) Daraus aber, daß Mitglieder unmittelbar zum Betriebe der Geschäfte weder berechtiget noch verpflichtet sind, folgt, wie v. Zeiller in seinem Commentare bemerkt, nicht, daß sie auch von der Einsicht des Geschäftsganges und der Rechnungen (§. 1199), oder daß sie von den Berathschlagungen über Gesellschaftsangelegenheiten (denen sie freywillig beywohnen wollen) ausgeschlossen seyn.

§. 1188.

Bey der Berathschlagung und Entscheidung über die gesellschaftlichen Angelegenheiten sind, wenn keine andere Verabredung besteht, die in dem Hauptstücke von der Gemeinschaft des Eigenthums gegebenen Vorschriften anzuwenden (§§. 833 — 842).

1) In der Regel steht allen Mitgliedern der Gesellschaft eine thätige Mitwirkung, folglich auch die Berathschlagung und Entscheidung über die gesellschaftlichen Angelegenheiten zu (§§. 1185 u. 1190). Da bezüglich auf diesen Gegenstand kein wichtiger Grund vorhanden ist, in Ansehung jener Gemeinschaft, welche durch einen Vertrag entsteht, andere Bestimmungen festzusetzen, als in Anbetracht jener, welche auf eine andere Art und Weise zu Stande kömmt, festgestellt worden sind; so beruft sich hier das Gesetz ganz auf die in den §§. 833—842 gegebenen Vorschriften.

2) Ist in dem Gesellschaftsvertrage nur einigen Mitgliedern die Besorgung der Geschäfte übertragen, so werden die übrigen auch von der activen Theilnahme an den Berathschlagungen über dieselben ausgeschlossen, indem sie sich durch den Beytritt in die Gesellschaft stillschweigend erklären, die in dem Societäts-Plane festgesetzte Art der Berathschlagung und Entscheidung sich gefallen

zu lassen. — Fallen aber Geschäfte vor, zu deren Schlichtung zwey Gesellschaftsglieder durch den Societäts-Vertrag nicht ermächtiget sind; so müssen alle Theilnehmer zur Berathschlagung zugezogen werden.

§. 1189.

Nachschuß zum Hauptstamme.

Die Mitglieder können zu einem mehreren Beytrage, als wozu sie sich verpflichtet haben, nicht gezwungen werden. Fände jedoch bey veränderten Umständen ohne Vermehrung des Beytrages die Erreichung des gesellschaftlichen Zweckes gar nicht Statt; so kann das weigernde Mitglied austreten, oder zum Austritte verhalten werden.

1) Haben sich die Mitglieder nur überhaupt zur Beförderung eines Gesellschaftszweckes verpflichtet, ohne dabey festzusetzen, welchen Beytrag hierzu jedes einzelne Mitglied leisten sollte, und ist auch die Summe nicht numerisch festgesetzt worden, in welcher der Fond der Gesellschaft im Ganzen zu bestehen habe; so ist jedes Mitglied überhaupt verpflichtet nach Verhältniß des Bedarfes des gemeinschaftlichen Unternehmens, und zwar zu einem gleichen Theile mit allen übrigen Mitgliedern (§. 1184) zum Betriebe des gemeinschaftlichen Unternehmens beyzutragen.

2) Anders verhält sich aber die Sache, wenn in dem Gesellschaftsvertrage entweder der Fond im Allgemeinen festgesetzt worden ist, welcher zur Beförderung des Gesellschaftszweckes verwendet werden soll, oder wenn die Beyträge, die das eine oder andere Mitglied zu leisten hat, insbesondere bestimmt worden ist. — In diesem Falle kann auch bey veränderten Umständen kein Mitglied angehalten werden, einen größeren Beytrag zu leisten, als wozu es sich ausdrücklich oder stillschweigend (§. 1184) verpflichtet hat.

3) Handelt es sich bloß um die Erweiterung der Geschäfte der Gesellschaft, und lassen sich einige Mitglieder freywillig herbey, zu diesem Zwecke neue Beyträge zu liefern; so steht es ihnen

frey dieses zu thun. Sie sind aber weder befugt, die weigernden Mitgenossen zu einer gleichen Beytragsleistung zu nöthigen, noch selbe ihrer Weigerung halber von der Gesellschaft auszuschließen. Nur steht ihnen das Recht zu, nach Maßgabe des durch die Erweiterung des Geschäftes erzielten Gewinnes einen mit ihren neuen Beyträgen in Verhältniß stehenden stärkeren Gewinnst-Antheil zu fordern (§. 1193).

4) Wollen dagegen die übrigen Gesellschafter durch neue Beyträge den Zweck ihrer Verbindung auf einen neuen darin bisher nicht begriffenen Gegenstand ausdehnen; so ist derjenige, welcher seinen Beytrag hierzu verweigert, weder schuldig noch befugt, an diesen erweiterten Geschäften Theil zu nehmen. Vielmehr ist in so weit die Verbindung der übrigen Mitglieder als eine neue bloß unter ihnen bestehende Gesellschaft anzusehen.

5) Haben sich aber die Umstände dergestalt geändert, daß ohne neue Beyträge die Erreichung des gemeinsamen Entzweckes gar nicht Statt findet; so liegt denjenigen, welchen die Leitung der gesellschaftlichen Unternehmungen überlassen worden ist, ob, eine Zusammenberufung sämmtlicher Mitglieder zu veranlassen, oder von jedem Mitgliede die schriftliche Erklärung abzufordern, ob es sich nicht freywillig zu einem größern Beytrage herbeylassen wolle. — Wenn auf diese Art und Weise der hierzu benöthigte Fond nicht zusammengebracht werden könnte; so ist der Fall der Auflösung der Gesellschaft vorhanden (§. 1205). In so fern jedoch dieser Fond durch die von einzelnen Mitgliedern abgegebene Erklärungen zusammengebracht werden kann, während die Uebrigen die nöthige Verstärkung ihrer Beyträge verweigern; so können die letzteren von den übrigen Mitgliedern gezwungen werden, aus der Gesellschaft auszutreten. — Hierfür spricht der klare Text des Gesetzes. — Es entsteht aber die Frage, ob nur sämmtliche übrigen Mitglieder zusammengenommen, oder wenigstens die Mehrheit derselben, oder ob jedes einzelne Mitglied für sich das Recht habe, den sich weigernden Mitgesellschafter zum Austritte zu verhalten? — Die Beantwortung dieser Frage scheint auf den ersten Augenblick etwas schwierig zu seyn. Allein die Sache genauer betrachtet ergibt sich, daß im practischen Leben kaum

der Fall vorkommen werde, wo hierüber ein Zweifel entstehen könnte. — Denn handelt es sich darum, daß der Fond der Gesellschaft durch neue Beyträge vermehrt werde; so muß ganz natürlich vorerst bestimmt werden, um wie viel der Gesellschaftsfond im Ganzen vermehrt werden sollte. — Um nun ferners bestimmen zu können, wie viel jedes einzelne Mitglied hierzu beytragen solle, muß man auch wissen, wie viele Mitglieder die Gesellschaft fortsetzen werden, weil sich durch den Austritt einzelner Gesellschaftsglieder der Beytrag der übrigen erhöhet. Die Gesellschaft kann sich nicht eher neu organisiren, bis nicht über das Verbleiben der einzelnen Glieder in der Gesellschaft oder den Austritt entschieden ist. Es gehört somit zu dem Beschlusse, welcher mit Uebereinstimmung aller, oder wenigstens der noch die Gesellschaft fortzusetzen entschlossenen Mitglieder zu fassen ist, ob das eine oder andere Mitglied, welches den höheren Beytrag verweigert, zum Austritte verhalten werden sollte.

6) Es steht aber auch jedem Mitgliede, das sich zu einem höheren Beytrage nicht herbeylassen will, frey, den Austritt aus der Gesellschaft zu verlangen. Diese gesetzliche Anordnung muß selbst von dem Falle verstanden werden, wenn auch die übrigen Glieder geneigt wären, sie in der Gesellschaft zu behalten, aber, was ganz natürlich der Fall seyn wird, sich nicht herbeylassen, den Gewinn nach Maßgabe der ursprünglichen Einlagen zu vertheilen. — Denn jedes Mitglied hat durch den Eintritt in die Gesellschaft das Recht erworben, daß der Gewinn nach Verhältniß der ursprünglichen Capitals-Einlagen vertheilet werde, und kein Mitglied hat das Recht durch eine nachträglich gemachte größere Einlage sich einen größeren Antheil an dem Gewinne zuzueignen. So wenig nun das weigernde Mitglied die übrigen Gesellschaftsglieder verhalten kann, ihm den nach der ursprünglichen Einlage gebührenden Gewinnstantheil zukommen zu machen, so wenig kann dasselbe auch von den übrigen verpflichtet werden, sich mit einem geringeren Gewinnstantheile zu begnügen. Ist der Fond der Gesellschaft ursprünglich bestimmt worden, so ist es als eine stillschweigende Bedingung jedes Mitgliedes anzusehen, daß der Gesellschaftszweck durch diesen Fond erreicht werde; tritt nun

der Fall der Unmöglichkeit ein dieses zu bewirken, so kann kein Mitglied mehr an die Gesellschaft gebunden bleiben.

7) Durch den Austritt aus der Gesellschaft muß jedem weigernden Mitgliede jenes zu Theil werden, was er für den Fall der Auflösung der Gesellschaft erhalten haben würde. Es muß also das zur Zeit des Austrittes vorhandene gemeinschaftliche Vermögen erhoben, und dem austretenden Mitgliede ein mit seiner Einlage in Verhältniß stehender Theil hinausgezahlt werden. Besteht der Fond der Gesellschaft in barem Gelde oder anderen theilbaren Sachen, so unterliegt die Vertheilung keiner Schwierigkeit; — besteht er aber in untheilbaren Sachen, so entsteht die Frage, ob das austretende Mitglied auf die Versteigerung derselben zu dringen berechtiget sey, oder ob es sich mit dem Schätzungswerthe begnügen müsse. — Würde die Gesellschaft aufgelöset, so wäre jeder Theilgenosse berechtigt zu verlangen, daß die Sachen mittelst gerichtlicher Feilbiethung verkaufet werden (§. 843). Im gegenwärtigen Falle darf aber nicht übersehen werden, daß der Austritt eines Gesellschaftsgliedes nicht auch den Austritt der anderen Mitglieder, welche sich zur nothwendig gewordenen Vermehrung ihrer Beyträge freywillig herbeylassen, und die Gesellschaft fortzusetzen entschlossen sind, zur Folge haben solle und könne. — Von dieser Betrachtung geleitet, glaube ich nun behaupten zu dürfen, daß hier zu berücksichtigen sey, ob die zu vertheilenden Sachen von der Art sind, daß sie unbeschadet des Rechtes der in der Gesellschaft zu verbleiben entschlossenen Mitglieder veräußert werden können oder nicht. Im ersten Falle ist kein Anstand vorhanden, daß das austretende Mitglied nach der Regel des §. 843 auf Veräußerung dieser Sachen durch öffentliche Feilbiethung dringe; im zweyten Falle aber muß sich dasselbe mit der Vergütung des Schätzungswerthes begnügen. — Dieses wäre z. B. der Fall, wenn aus dem Fonde der Gesellschaft ein Fabriksgebäude gekauft, oder neu errichtet worden wäre. — Wäre das austretende Mitglied berechtiget, auf die Versteigerung des Fabriksgebäudes zu dringen, so würden auch die anderen Mitglieder genöthiget werden, aus der Gesellschaft zu treten, weil sie ohne Beybehaltung des Fabriksgebäudes die Gesell-

schaft nicht mehr fortsetzen können. Man könnte zwar dagegen einwenden, daß ja auch die übrigen Mitglieder als Lizitanten des Fabriksgebäudes auftreten, und dasselbe in der öffentlichen Versteigerung wieder an sich bringen können. Allein man muß dabey berücksichtigen, daß sie dadurch in die Alternative versetzt werden könnten, dieses Gebäude entweder um einen ganz unverhältnißmäßigen Preis zu bezahlen, oder zum Austritte gezwungen zu werden.

§. 1190.

Betrieb der anvertrauten Geschäfte.

Wird Einem oder einigen Mitgliedern der Betrieb der Geschäfte anvertraut; so sind sie als Bevollmächtigte zu betrachten. Auf ihre Berathschlagungen und Entscheidungen über gesellschaftliche Angelegenheiten sind ebenfalls die oben (§§. 833 — 842) erwähnten Vorschriften anzuwenden.

Wie bey allen größeren Gemeinschaften, so ist es auch bey einer größeren Vertragsgemeinschaft rathsam, daß die ordentliche Verwaltung der Geschäfte Einem, oder einigen Mitgliedern, so wie die unmittelbare Ausführung der Geschäfte einigen Sachverständigen (allenfalls Lohndienern) anvertraut werde. — Da das Gesetzbuch bereits in den §§. 833 — 842 von den Rechten und Pflichten derjenigen gehandelt hat, die als Verwalter einer gemeinschaftlichen Sache bestimmt worden sind; so wird sich hier lediglich, um Wiederhohlungen zu vermeiden, auf diese Vorschriften berufen. — Aus dem im Eingange dieses §. aufgestellten Satze, daß diese Mitglieder, denen der Betrieb der Geschäfte anvertraut wurde, als Bevollmächtigte zu betrachten seyn, könnte man zu folgern versucht werden, daß sie, wenn bey ihrer Bestellung keine Belohnung zugesichert wurde, auch auf eine solche keinen Anspruch zu machen haben (§. 1004), besonders die sich schon in dem Gesellschaftsvertrage verbunden haben, das gemeinschaftliche Beste zu befördern (§. 1185), und sie eben dadurch, daß sie für den gemeinschaftlichen Nutzen arbeiten, auch zugleich für ihr eigenes Beste sorgen. — Allein aus dem §. 1193

ist zu entnehmen, daß diesen Personen stillschweigend eine Belohnung zugesichert ist.

§. 1191.

Haftung für den Schaden.

Jedes Mitglied haftet für den Schaden, den es der Gesellschaft durch sein Verschulden zugefügt hat. Dieser Schade läßt sich mit dem Nutzen, den es der Gesellschaft sonst verschaffte, nicht ausgleichen. Hat aber ein Mitglied durch ein eigenmächtig unternommenes neues Geschäft der Gesellschaft von einer Seite Schaden, und von der andern Nutzen verursachet; so soll eine verhältnißmäßige Ausgleichung Statt finden.

1) Der erste Satz gilt von jedem Gesellschafter, und begreift daher sowohl diejenigen Gesellschaftsglieder in sich, von denen der vorhergehende §. redet, als auch alle übrigen. Er ist übrigens lediglich eine Anwendung der im §. 1295 aufgestellten allgemeinen Regel auf das gesellschaftliche Rechtsverhältniß insbesondere, wobey jedoch lediglich bemerkt wird, daß das Verschulden nicht gerade in einer positiven Handlung bestehen müsse, sondern auch in einer Unterlassung der übernommenen Vertrags-Verpflichtungen bestehen könne.

2) Da jedes Mitglied sich durch den Gesellschaftsvertrag verbindlich gemacht hat, zum gemeinschaftlichen Nutzen mitzuwirken; so gibt die wirkliche Erzielung eines solchen Nutzens keinem Mitgliede einen rechtlichen Anspruch auf eine pecuniäre Anerkennung. — Der Ersatz des verursachten Schadens aber ist eine Rechtspflicht. — Daher kann auch der von einem Mitgliede verursachte Schade mit dem der Gesellschaft verschafften Nutzen nicht ausgeglichen werden.

3) Anders verhält sich aber die Sache, wenn ein Gesellschaftsglied zum Nutzen der Gesellschaft eigenmächtig ein solches Geschäft unternommen hat, dessen Unternehmung in seinen allgemeinen Verpflichtungen nicht gelegen ist. — In einem solchen

Falle ist seine Unternehmung als eine Geschäftsführung ohne Auftrag anzusehen. Hat es nun dadurch der Gesellschaft einen klaren, überwiegenden Vortheil verschafft, so müssen ihm sogar die darauf verwendeten Kosten aus dem Gesellschaftsvermögen vergütet werden, in so fern sie den erreichten Vortheil nicht übersteigen (§. 1037). Von einem Schadenersatze kann also hier keine Rede seyn, weil bey Ausmittelung des überwiegenden Vortheiles auf die sich dabey allenfällig ergebenden Beschädigungen schon Rücksicht genommen worden ist (§. 1037). Ergibt sich aus der Vergleichung des durch das eigenmächtig unternommene Geschäft der Gesellschaft verursachten Schadens mit dem derselben dadurch verschafften Nutzen zwar das Resultat, daß der Gesellschaft zwar im Ganzen dadurch kein Nachtheil zugehe, aber auch kein klarer überwiegender Vortheil zuwachse; so kann die Gesellschaft zu keiner Vergütung an das Gesellschaftsglied, dieses aber auch zu keinem Schadenersatze an jene angehalten werden (§. 1038). Ergibt sich aber aus dieser Vergleichung, daß daraus für die Gesellschaft mehr Nachtheil als Vortheil erfolgt sey; so ist das Mitglied zu jenem Schadenersatze verpflichtet, der aus der Unternehmung im Ganzen hervorgehet, es muß daher von der Summe der einzelnen Beschädigungen die der erreichten Vortheile in Abzug gebracht werden.

4) Hat eine Gesellschaft aus einer widerrechtlichen Handlung Vortheil gezogen, so muß nicht nur der Schade ersetzet, sondern es müssen auch die Theilnehmer zur Verantwortung und Strafe gezogen werden (§§. 1301 u. 1302).

§. 1192.

Vertheilung des Gewinnes.

Das Vermögen, welches nach Abzug aller Kosten und erlittenen Nachtheile über den Hauptstamm zurückbleibt, ist der Gewinn. Der Hauptstamm selbst bleibt ein Eigenthum derjenigen, welche dazu beygetragen haben; außer es wäre der Werth

der Arbeiten zum Capitale geschlagen, und alles als ein gemeinschaftliches Gut erklärt worden.

1) Jeder, der sich zur Schließung eines Gesellschaftsvertrages herbeyläßt, bezieht in der Regel einen Gewinn aus demselben, — und so ist auch die Tendenz der ganzen Gesellschaft auf Gewinn gerichtet. Der Gewinn besteht aber in dem Vermögen, welches nach Abzug aller Kosten und erlittenen Nachtheile über den Hauptstamm zurückbleibt. — Zur Ausmittelung des Gewinnes ist daher nothwendig, daß das Gesellschaftsvermögen genau inventirt, d. i. der Activ- und Passivstand desselben erhoben, und von dem auf diese Art sich darstellenden reinem Vermögen der Hauptstamm in Abzug gebracht werde. Was hiernach noch erübriget, ist der reine Gewinn der Gesellschaft. — Der Hauptstamm besteht aber in der Regel in der Summe der einzelnen Beyträge, welche von den Mitgliedern zur Beförderung des Gesellschaftszweckes hergegeben wurden. — Hier ist aber darauf zu sehen, ob ein Mitglied von den eingebrachten Sachen die Substanz selbst, oder etwa nur den Nutzen und den zeitlichen Gebrauch (z. B. von einem Hause zur Fabrik, oder von Maschinen, Werkzeugen u. dgl.) der Gemeinschaft gewidmet habe. — Im ersten Falle ist die ganze Gesellschaft Eigenthümer der ganzen Sache geworden, und die inzwischen entweder durch außerordentliche Beschädigung oder durch die gewöhnliche Abnützung sich in der Zwischenzeit ergebene Verminderung des Werthes muß allen Mitgliedern zur Last fallen. Daher muß zur Ausmittelung des wahren Gewinnes lediglich der jedesmahlige Werth dieser Sachen erhoben werden. Ist aber nur der Nutzen oder zeitweilige Gebrauch der Sache der Gesellschaft gewidmet worden, das Mitglied sohin Eigenthümer der Sache geblieben, so ist bey der Inventur des Vermögens der Werth, um den die Sache bey Uebergabe an die Gesellschaft in Anschlag gebracht worden ist, anzusetzen, weil die Werths-Abnützung und die zufälligen Beschädigungen auf Rechnung des einzelnen Mitgliedes gehen, das bey Vertheilung des Hauptstammes sich lediglich mit der Rückstellung dieser Sachen in Natur zu begnügen hat.

2) Der Gewinn, welcher durch die gesellschaftliche Unternehmung erreicht wird, ist ein gemeinschaftliches Eigenthum aller Mitglieder (§. 1175), und unterscheidet sich von dem Hauptstamme, der übrigens gleichfalls ein gemeinschaftliches Eigenthum der sämmtlichen Mitglieder seyn kann, aber nicht nothwendig seyn muß, auch darin, daß jener auch noch vor Auflösung der Gesellschaft zur Vertheilung bestimmt ist, während auf eine Vertheilung des letzteren nur nach Auflösung des Gesellschaftsvertrages gedrungen werden kann. Auf die Vertheilung des Gewinnes haben alle Mitglieder Anspruch, ohne Unterschied, ob sie zur Beförderung des Gesellschaftszweckes Geld- oder Sachbeyträge geleistet, oder bloß ihre Bemühungen zum gemeinschaftlichen Nutzen verwendet haben. — Auf den Hauptstamm haben aber dieselben in der Regel keinen Anspruch, sondern dieser gebührt ausschließend denjenigen, welche hierzu Geld- und Sachbeyträge geliefert haben, und er ist entweder ein gemeinschaftliches Eigenthum derselben, oder es haben einige Mitglieder nur ausschließend ein Eigenthumsrecht auf diejenigen Sachen, die sie in die Gesellschaft eingebracht haben; je nachdem nähmlich Geld oder verbrauchbare Sachen, oder auch in Geldwerth angeschlagene unverbrauchbare Sachen, bey welchen sich jedoch das Eigenthum nicht ausdrücklich vorbehalten worden ist, eingebracht worden sind oder nicht.

3) Eine Ausnahme davon begründet der Fall, wenn der Werth der Arbeiten zum Capitale geschlagen, und alles als ein gemeinschaftliches Gut erklärt worden ist. Zur Erläuterung dieser gesetzlichen Anordnung muß Folgendes bemerkt werden: Es geschieht nähmlich öfters, daß Personen, welche zwar kein Vermögen, aber besondere Kenntnisse und Geschicklichkeit für jene Unternehmungen besitzen, die den Gesellschaftszweck befördern, in die Gesellschaft in der Art aufgenommen werden, daß sie ebenfalls verhältnißmäßig an den Vortheilen und Nachtheilen der Gesellschaft Theil nehmen sollen, wodurch sie eine besondere Aneiferung erhalten, sich der Beförderung des Gesellschaftszweckes zu widmen, wobey, um bey Vertheilung des Gewinnes einen bestimmten Anhaltspunct zu haben, ihre Bemühungen zu einem bestimmten Capitalswerthe angeschlagen werden. — In einem sol-

chen Falle geschieht der Anschlag ihrer Bemühungen nach einem bestimmten Capitalswerthe, wenn nicht ausdrücklich etwas anders ausgemacht worden ist (was aber in diesem Falle kaum geschehen dürfte), lediglich zu dem Zwecke der Gewinnst-Vertheilung, und er hat sohin keinen Einfluß auf die Vertheilung des Hauptstammes selbst. — Denn die Vergütung solcher Bemühungen würde in der Regel, wenn fremde Personen hierzu verwendet würden, nicht aus dem Hauptstamme, sondern aus dem erzielten Gewinne geschehen. Oefters geschieht es aber, daß Arbeiten schon zu dem Zwecke, um die gesellschaftlichen Unternehmungen beginnen zu können, erforderlich werden, welche eigentlich aus den zusammengeschossenen Beyträgen vergütet werden müßten, und daher auf Kosten des Hauptstammes gehen. — Hat nun ein Mitglied der Gesellschaft selbst diese Arbeiten geleistet, so hat es ganz eigentlich den Werth der Arbeiten zum Hauptstamme beygetragen, und es ist eben so viel, als wenn er jenen Geldbeytrag im Baren hergegeben hätte, aus welchem diese Arbeiten angeschafft worden wären. — Es können daher diese Arbeiten nach ihrem Werthe zum Capitale geschlagen, und derjenige, der die Arbeiten unternommen hat, ist dann nach Verhältniß dieses Werthes als ein gemeinschaftlicher Eigenthümer des Gesellschaftsfondes anzusehen.

4) Ueber den Antheil, den Jemand an dem Hauptstamme hat, kann er zwar durch Abtretung, Verpfändung u. dgl. verfügen, doch können hierdurch die Rechte der übrigen Gesellschaftsglieder nicht beeinträchtiget werden. Daher kann auch ein solcher Antheil vor dem rechtmäßigen Austritte dem Betriebe der Geschäfte nicht entzogen werden.

§. 1193.

Der Gewinn wird nach Verhältniß der Capitals-Beyträge vertheilt, und die von allen Mitgliedern geleisteten Arbeiten heben sich gegen einander auf. Wenn ein oder einige Mitglieder bloß arbeiten, oder nebst dem Capitals-Beytrage zugleich Arbeiten leisten; so wird für die Bemühungen, wenn keine Verabredung besteht,

und die Gesellschafter sich nicht vereinigen können der Betrag, mit Rücksicht auf die Wichtigkeit des Geschäftes, die angewendete Mühe und den verschafften Nutzen vom Gerichte bestimmt.

§. 1194.

Besteht der Gewinn nicht in barem Gelde, sondern in anderen Arten der Nutzungen; so geschieht die Theilung nach der in dem Hauptstücke von der Gemeinschaft des Eigenthumes enthaltenen Vorschrift (§§. 840 — 843).

1) Hier folgen die Vorschriften über die Art und Weise, wie der durch die gesellschaftlichen Unternehmungen erworbene Gewinn unter die einzelnen Theilnehmer vertheilt werden soll, welche natürlich nur für jenen Fall zu gelten haben, wenn in dem Societäts-Vertrage hierüber nichts besonderes bestimmt worden ist. — Da nach der Vorschrift des §. 1185 in der Regel alle Mitglieder, ohne Rücksicht auf ihren größeren oder geringeren Antheil, verbunden sind, zu dem gemeinschaftlichen Nutzen gleich mitzuwirken; so stellt auch ganz in Uebereinstimmung mit dieser Vorschrift der gegenwärtige §. die Regel auf, daß in dem Falle, als alle Gesellschafter Capitalseinlagen geleistet und gearbeitet haben, der Gewinn nach Verhältniß der Capitalsbeyträge vertheilt werde, und die von allen Mitgliedern geleisteten Arbeiten sich gegen einander aufheben. Das Nähmliche muß auch für den Fall gelten, wenn die Mitglieder bloß zum Hauptstamme beygetragen, die Arbeiten aber besoldeten Dienstpersonen überlassen haben. Die Berechnung geschieht nach der in der Rechenkunst bekannten Societäts-Regel.

2) Haben zwar alle Mitglieder Capitalsbeyträge geleistet, aber nur eines oder einige gearbeitet; so gebührt den arbeitenden Mitgliedern für ihre Bemühungen jener Betrag, welcher entweder schon durch den Gesellschaftsvertrag ursprünglich festgesetzt wurde, oder worauf sich die Gesellschafter nach der Hand vereinigen; außerdem aber, wenn keine Uebereinkunft zu Stande

kömmt, hat das Gericht denselben mit Rücksicht auf die Wichtigkeit des Geschäftes, die angewendete Mühe und den verschafften Nutzen zu bestimmen. Der Rest des Gewinnes ist nach Verhältniß der Capitalseinlagen zu vertheilen, und die arbeitenden Mitglieder sind außer dem Falle, wo es vertragsmäßig festgesetzt wurde, nicht schuldig zu gestatten, daß vor Allem für die Capitalsbeyträge Zinsen berechnet, und nur der Rest als ein zu vertheilender Gewinn behandelt werde, weil die Mitglieder für ihre Einlagen keine Gläubiger der Gesellschaft sind, also auch keine Zinsen zu fordern haben. Dasselbe gilt auch von dem Falle, wenn ein oder einige Mitglieder bloß arbeiteten, und keinen Capitalsbeytrag geleistet haben [1]).

3) Der, obschon noch ungetheilte, selbst unbestimmte oder ideale Gewinnsantheil eines jeden Mitgliedes ist sein ausschließendes Eigenthum, worüber er frey zu verfügen befugt ist. — Es kommt also, wie v. Zeiller bemerkt, auch den Gläubigern eines Mitgliedes das Recht zu, darauf eine der Gerichtsordnung gemäße Sicherstellung zu verlangen, doch unbeschadet der Rechte früher sicher gestellter Gläubiger oder der Gesellschaft, in welcher etwa durch freyes Uebereinkommen (§. 1189) bedungen worden ist, daß ein Theil des jährlichen Gewinns zur Verstärkung des Fondes zurückbehalten werden soll.

4) In welcher Beschaffenheit oder Qualität die Gewinnsantheile jedem Mitgliede hinauszugeben sind, ist aus den in den §§. 840 — 843 aufgestellten Vorschriften zu entnehmen.

5) Das, was oben Nr. 3. von den Gewinnsantheilen gesagt worden ist, gilt auch von dem Antheile eines jeden Mitgliedes an dem Hauptstamme. — Es kann also auch dieser unbeschadet der Rechte der übrigen Gesellschaftsglieder in Execution gezogen, und sohin derselbe auch an einen Dritten veräußert werden, welches zur Folge haben wird, daß eine dritte Person statt des ursprünglichen Mitgliedes in die Gesellschaft tritt. — Die von dem Gesellschaftsmitgliede übernommene Verpflichtung, Arbeiten für die Gesellschaft zu leisten, kann aber als eine höchst persön-

1) Siehe Lehrbuch des österr. Handelsrechtes vom Herrn Professor Dr. Fischer §. 103.

liche Verbindlichkeit auf denjenigen, der im Veräußerungswege das dem Mitgliede gebührende Eigenthum an dem Hauptstamme, und das daraus resultirende Recht, auch den Gewinnsantheil zu beziehen, an sich gebracht hat, nicht übergehen. Eben so wenig kann dadurch die Verpflichtung des ursprünglichen Mitgliedes zur Verrichtung jener Arbeiten, wozu es sich durch den Vertrag anheischig gemacht hat, erlöschen, indem dadurch in die Rechte der übrigen Mitglieder ein Eingriff geschehen würde. — Ein solcher Veräußerungsact wird somit zur Folge haben, daß aus Einem zwey Mitglieder für die Gesellschaft entstehen, wovon das eine bloß den Capitalsbeytrag, das andere aber die Arbeiten leistet. — Auf diesen Fall hat aber die Vorschrift des gegenwärtigen §., daß, wenn einige Mitglieder bloß Arbeiten leisten, dieselben in Ansehung dieser Leistung auf einen Gewinnsantheil ein Recht haben, keine Anwendung; würde ihnen dieses Recht zugesprochen, so würden die Rechte der übrigen Mitglieder, die sie durch den Societäts-Vertrag erwarben, beeinträchtiget.

§. 1195.

Die Gesellschaft kann einem Mitgliede, seiner vorzüglichen Eigenschaften und Bemühungen wegen, einen größeren Gewinn bewilligen, als ihm nach seinem Antheile zukäme; nur dürfen dergleichen Ausnahmen nicht in gesetzwidrige Verabredungen oder Verkürzungen ausarten.

§. 1196.

Eine solche gesetzwidrige Verabredung ist der Vertrag, wodurch Jemand für ein eingelegtes Capital einerseits sich gegen alle Gefahr des Verlustes, sowohl in Rücksicht des Capitals als der Zinsen sicher stellet, und von aller Mitwirkung befreyt; andererseits aber dennoch einen die rechtlichen Vertragszinsen übersteigenden Gewinn bedingt.

1) Die Vorschriften, welche das Gesetzbuch bey den einzelnen Verträgen feststellet, sind, einige wenige Ausnahmen abgerechnet, immer nur suppletorischer Natur, und haben daher nur für jene Fälle zu gelten, in welchen von den Vertragschließenden nicht etwas besonders festgesetzt worden ist. — Dieses gilt insbesondere von der Vorschrift, daß die von allen Mitgliedern geleisteten Arbeiten, ohne Rücksicht auf ihre Qualität und Quantität sich gegeneinander aufheben. Es können daher auch die Mitglieder der Gesellschaft die Art und Weise, wie der Gewinn vertheilt werden soll, ganz nach ihrem Belieben bestimmen; nur dürfen dadurch die allgemeinen Vorschriften über die Gültigkeit der Verträge eben so wenig, als die bey einzelnen Verträgen insbesondere erlassenen einschränkenden Verordnungen verletzet werden. — Scheinhandlungen sind nach ihrer wahren Beschaffenheit zu beurtheilen.

2) Aus den Worten des §. 1195, daß die Gesellschaft einem Mitgliede, seiner vorzüglichen Eigenschaften oder Bemühungen wegen, einen größeren Gewinn bewilligen könne, darf daher auch nicht e contrario gefolgert werden, daß sie außer diesem Falle keinem Mitgliede einen größeren Antheil an dem Gewinne ausmessen dürfe. — Das Gesetz hat hier nur das gewöhnliche Motiv angeführt, aus welchem sich die Mitglieder der Gesellschaft veranlaßt finden dürften, von der im §. 1193 aufgestellten Regel eine abweichende Bestimmung festzusetzen. — Es steht daher den Pasciscenten ganz frey, auch solchen Mitgliedern, die nur gleich an Capital und auch an Kräften (ihrer Qualität und Quantität nach) beytragen, einen größeren Gewinnsantheil als den übrigen zu bestimmen, oder jenen, die ungleich beytragen, einen gleichen Antheil des Gewinnes zuzumessen. Ja es kann aus bloßer Freygebigkeit einem beytragenden Mitgliede, oder auch einer anderen (physischen oder moralischen) Person, die kein Mitglied ist (z. B. einer öffentlichen Anstalt) aller Gewinn, ohne Theilnahme an dem Schaden, zugewiesen werden.

3) Wenn aber aus dem Societäts-Vertrage, in welchem das eine oder andere Mitglied auf eine außerordentliche Art begünstiget worden ist, das Motiv der Freygebigkeit nicht deutlich her-

vorleuchtet; so wird der Verdacht rege, daß diese Begünstigungen durch Betrug oder Zwang herbeygeführt wurden, oder daß der Societäts-Vertrag nur zum Scheine auf diese Art und Weise verabredet worden sey, und ein verbothenes Geschäft in sich verberge.

4) Letzteres gilt insbesondere von dem im §. 1196 ausgedrückten Falle, wodurch das Wuchergesetz ganz vereitelt würde (§. 1000). — Wer bloß ein Capital, und zwar ohne Gefahr des Verlustes einlegt, ist nur als ein Gläubiger zu betrachten, der lediglich auf die rechtmäßigen Zinsen (§. 994) Anspruch zu machen hat. — Jedes bedungene Uebermaß verstößt gegen das Wuchergesetz. — Es darf daher keiner, der nur einen Beytrag am Capitale geleistet hat, sich außer den höchsten im §. 994 bestimmten Zinsen noch einen Antheil an dem Gewinne selbst nur für den Fall bedingen, wenn der auf die einzelnen Mitglieder entfallende Gewinn die höchsten erlaubten Zinsen übersteigen sollte. — Was wäre aber wohl in dem Falle Rechtens, wenn sich zwar Zinsen, aber nicht die höchsten erlaubten Zinsen, nebstbey aber auch ein Antheil an dem Gewinne bedungen worden wäre? — In diesem Falle wäre offenbar ein aus einem Darleihens- und Societäts-Vertrag gemischter Vertrag vorhanden, bey welchem jedoch immer der Darleihensvertrag als die Hauptsache anzusehen wäre, da der Antheil am Gewinne der Gesellschaft, der sich dabey bedungen wird, lediglich als ein Entgeld für die Benützung des Capitales erscheint, und daher als ein Theil der hierfür zu entrichtenden Zinsen anzusehen ist. — Es kann daher auch ein solcher Vertrag nur nach den Vorschriften, welche in Ansehung des Darleihensvertrages bestehen, beurtheilet werden. — Dieses vorausgesetzt, wird nun derjenige, der unter der vorstehenden Bedingung einen Beytrag hergegeben hat, nie einen größeren Gewinnantheil beziehen können, als mit Hinzuschlagung der sich ausbedungenen Zinsen das höchste erlaubte Zinsenmaß beträgt (§. 993), jedoch dergestalt, daß, wenn in einem Jahre der Antheil am Gewinne mit Hinzuschlagung der bedungenen Interessen diesen höchsten Zinsenbetrag nicht erreichen sollte, der Abgang aus dem Gewinne des folgenden Jahres ersetzt werden müßte.

5) Hat ein Mitglied in Ansehung des Capitalbeytrages sich die höchsten erlaubten Zinsen ausbedungen, sich aber zugleich anheischig gemacht, für die Gesellschaft Arbeiten zu leisten; so ist es in ersterer Hinsicht bloß als Gläubiger, in letzterer aber als wirkliches Mitglied der Gesellschaft zu behandeln. Es ist daher eben so viel, als ob es sich zu keinem Capitalsbeytrage, sondern lediglich zu Arbeiten für die Gesellschaft herbeygelassen hätte; es steht daher in dieser Beziehung den Gesellschaftsgliedern frey, diesem Mitgliede in Ansehung seiner Bemühungen einen beliebigen Antheil an dem Gewinne zu bestimmen.

§. 1197.

Vertheilung des Verlustes.

Hat die Gesellschaft ihre Einlage ganz oder zum Theile verloren; so wird der Verlust in dem Verhältnisse vertheilet, wie im entgegengesetzten Falle der Gewinn vertheilt worden wäre. Wer kein Capital gegeben hat, büßt seine Bemühungen ein.

1) Ein eigentlicher Schade oder Verlust der Gesellschaft ist dann vorhanden, wenn aus dem Gewinne die gesellschaftlichen Kosten und Schulden nicht gedeckt werden können, sondern hierzu schon der Hauptstamm angegriffen werden müßte. — In so lange diese Posten noch durch den Erwerb sicher gestellt sind, kann zwar der Gewinn erschöpft seyn, aber es läßt sich noch kein Verlust behaupten. — Ob und in wie weit die Gesellschaft einen Verlust erlitten habe, ergibt sich aus den richtig gestellten Rechnungen (§§. 1198 u. 1199).

2) Von der Vertheilung des Schadens gilt das Nähmliche, was oben über die Vertheilung des Gewinnes gesagt worden ist. — Diesem zu Folge kömmt es vor Allem darauf an, ob die Pascicenten hierüber eine ausdrückliche Verabredung getroffen haben oder nicht. Im ersteren Falle ist sich lediglich nach dem Inhalte derselben zu achten, wenn sie nicht in eine ähnliche gesetzwidrige Verabredung, von welcher im §. 1196 die Rede war, ausartet.

Im zweyten Falle gilt der nähmliche Grundsatz, welcher im §. 1193 über die Vertheilung des Gewinns aufgestellt worden ist, d. i. er wird auf alle Capitalseinlagen verhältnißmäßig in der Art vertheilt, daß seiner Zeit bey Vertheilung des Hauptstammes, der als ein gemeinschaftliches Gut anzusehen ist, jedes Mitglied einen verhältnißmäßig geringeren Theil zurückerhält. — Keineswegs können aber die Mitglieder verhalten werden, den an dem gemeinschaftlichen Hauptstamme entstandenen Abgang zu ergänzen (§. 1189).

3) Hat ein Gesellschafter keinen Capitalsbeytrag geleistet, und entsteht Verlust; so büßt er bloß seine Bemühungen ein. — Er ist selbst dann zur Deckung des Verlustes beyzutragen nicht schuldig, wenn er auch den auf ihn entfallenen Gewinn früherer Jahre noch nicht erhoben haben sollte, weil er hierfür als Gläubiger der Gesellschaft zu betrachten ist; es wäre denn, daß dieser unerhoben gebliebene Gewinn mit seiner Zustimmung als Einlagscapital gut geschrieben worden wäre. — Sind die Arbeiten in einem Capitalswerthe in Anschlag gebracht, und nach diesem Werthe zum Capitale geschlagen worden; so wird demselben eben falls bey Vertheilung des Hauptstammes ein verhältnißmäßiger Theil abgezogen.

§. 1198.

Rechnungslegung.

Die Mitglieder, denen die Verwaltung anvertraut ist, sind verbunden, über den gemeinschaftlichen Hauptstamm und über die dahin gehörigen Einnahmen und Ausgaben ordentlich Rechnung zu führen und abzulegen.

§. 1199.

Die Schlußrechnung und Theilung des Gewinnes oder Verlustes kann vor Vollendung des Geschäftes nicht gefordert werden. Wenn aber Geschäfte betrieben werden, die durch mehrere Jahre fort-

dauern, und einen jährlichen Nutzen abwerfen sollen; so können die Mitglieder, wenn anders das Hauptgeschäft nicht darunter leidet, jährlich sowohl die Rechnung, als die Vertheilung des Gewinnes verlangen. Uebrigens kann jedes Mitglied zu jeder Zeit auf seine Kosten die Rechnungen einsehen.

1) Ob ein Gewinn oder Verlust aus der Gemeinschaft sich ergebe (§§. 1191 — 1197), kann nur aus ordentlichen, glaubwürdigen Rechnungen eingesehen werden. Die Verwalter des Gesellschaftsvermögens sind sie zu führen verpflichtet, und die Theilnehmer sie einzusehen berechtiget (§§. 830 u. 1012).

2) Die Hauptbestandtheile der Rechnung sind die Einnahme (am Hauptstamme, Nachträgen, erzielten Nutzungen und Erwerbe), die Ausgaben (an Kosten, zufälligem Untergange, Verluste bey einzelnen Geschäften, Abführung vom Gewinnsantheile) und dann der Abschluß am Gewinn und Verluste, wozu die Inventur des gesammten Gesellschaftsvermögens gehört. — Die Grundlage jeder Rechnung bildet das Journal, worin von Tag zu Tag die vorgefallenen Einnahmen und Ausgaben eingetragen werden, und dieses muß mit den die Einnahmen und Ausgaben legitimirenden Documenten versehen seyn, und mit diesen den Mitgliedern zur jedesmahligen Einsicht bereit stehen. Die ordentliche Rechnung aber, aus welcher sich der Gewinn oder Verlust entziffert, kann in der Regel nur nach Vollendung des Geschäftes gefordert werden; wo dann erst auch die Vertheilung des Gewinnes vor sich zu gehen hat, welche den Abschluß der Rechnungen voraussetzt.

3) Von dieser Regel gibt es jedoch zwey Ausnahmsfälle, nähmlich: a) Wenn ein Mitglied aus der Gesellschaft austritt oder ausgeschlossen wird, und b) wenn Geschäfte betrieben werden, die durch mehrere Jahre fortdauern, und einen jährlichen Nutzen abwerfen sollen. Von dem ersteren Ausnahmsfalle macht zwar das Gesetz hier keine ausdrückliche Erwähnung. Allein er ist in der Natur der Sache gegründet; denn da das austretende

oder ausgeschlossene Mitglied nur bis auf den Tag, an welchem dieser Austritt rechtmäßig zu geschehen hatte (§. 1213), an den Vortheilen und Nachtheilen der Gesellschaft Theil nimmt, oder an den von der Gesellschaft errungenen Vortheilen und erlittenen Schaden Theil zu nehmen hat; so muß ausgemittelt werden, welche Vortheile und Nachtheile bis zu diesen Tag der Gesellschaft zugegangen sind, was nur dadurch geschehen kann, daß die Rechnung bis zu diesem Tage förmlich abgeschlossen werde. Der zweyte Ausnahmsfall ist in dem hier erläuterten Paragraphen ausdrücklich angeführt, und beruhet auf der Erwägung, daß von jedem Theilhaber, als einem ordentlichen Hauswirthe, der seinen Aufwand von seiner Einnahme bestreiten, und wenigstens alle Jahre den Stand seines Vermögens deutlich kennen will, zu vermuthen ist, daß er bey fortdauernden Geschäften wenigstens alle Jahre das Resultat der Rechnung vorgelegt, und den jährlichen Gewinn vertheilt haben wolle.

4) Nur besondere ausgewiesene Umstände, aus welchen sich ergibt, daß das Hauptgeschäft darunter leiden würde, können von der hier erwähnten Anordnung des Gesetzes eine Abweichung rechtfertigen, und einen Aufschub nothwendig machen. — Bedeutendere Unternehmungen erfordern oft viele Vorbereitungen, und tragen durch mehrere Jahre keinen Gewinn (man denke z. B. an die Anlegung einer Eisenbahn); oder es muß der anfänglich daraus gezogene Gewinn zur Erweiterung der Unternehmung wieder dem Capitalfonde zugeschlagen werden. Daß in diesen Fällen von einer jährlichen Vertheilung des Gewinnes keine Rede seyn könne, liegt in der Natur der Sache. Dieses hindert jedoch nicht, die Rechnungen jährlich abzuschließen, und den Mitgliedern nach Verlauf eines jeden Jahres das Resultat ihrer bisherigen Unternehmungen vor Augen zu legen. — Dagegen können manchmahl die Dringlichkeit anderer Gesellschaftsarbeiten, die denjenigen, welche die Rechnung zu legen haben, obliegen, oder der Gang der Geschäfte, der gleich nach Ablauf des Jahres einen ganz unpassenden Ruhepunct zum Abschlusse der Bücher darbiethet, einen Aufschub in der Rechnungslegung nothwendig oder wenigstens erwünschlich machen. — In streitigen Fällen

müßte der Richter allenfalls mit Beyziehung von Sachverständigen hierüber erkennen.

§. 1200.

Wer sich mit der bloßen Vorlegung des Abschlusses (Bilanz) begnügt, oder auch seinem Rechte, Rechnungen zu fordern, entsagt hat, kann, wenn er einen Betrag auch nur in Einem Theile der Verwaltung beweiset, sowohl für den vergangenen Fall, als auch für alle künftigen Fälle auf eine vollständige Rechnung dringen.

Die im vorigen §. aufgestellte Regel, daß jedes Mitglied zu jeder Zeit die Rechnungen (d. i. das Journal sammt Beylagen, und alle zum Behufe der künftigen Rechnungslegung geführt werdenden Bücher, und darauf Bezug nehmende Documente) einsehen könne, leidet für den Fall eine Ausnahme, als dasselbe auf das Recht, Rechnung zu fordern, Verzicht geleistet, und sich mit der bloßen Vorlegung der Bilanz zu begnügen erklärt hat. Da jedoch zu vermuthen ist, daß ein solches Mitglied nur im Vertrauen auf die Redlichkeit des Geschäftsführers dem Rechte, Rechnung zu fordern, entsagt habe, und da das Gesetz Entsagungen, die zur Unredlichkeit einladen, überhaupt abgeneigt ist (§. 937 Nr. 2.); so fand der Gesetzgeber hier die im gegenwärtigen §. enthaltene beschränkende Verordnung zu erlassen.

§. 1201.

Verhältniß gegen Nichtmitglieder.

Ohne die ausdrückliche oder stillschweigende, rechtliche Einwilligung der Mitglieder oder ihrer Bevollmächtigten kann die Gesellschaft einem Dritten nicht verbindlich gemacht werden. Bey Handelsleuten begreift das kundgemachte, Einem oder mehreren Mitgliedern ertheilte Recht, die Firma zu führen, nähmlich alle Urkunden und Schrif-

ten im Nahmen der Gesellschaft zu unterschreiben, schon eine allseitige Vollmacht in sich (§. 1028).

§. 1202.

Ein Mitglied, welches nur mit einem Theile seines Vermögens in der Gesellschaft steht, kann ein von dem gemeinschaftlichen abgesondertes Vermögen besitzen, worüber es nach Belieben zu verfügen berechtiget ist. Rechte und Verbindlichkeiten, die ein Dritter gegen die Gesellschaft hat, müssen also von den Rechten und Verbindlichkeiten gegen einzelne Mitglieder unterschieden werden.

1) Das Rechtsverhältniß einer Erwerbsgesellschaft ist, so wie das Rechtsverhältniß einer Gesellschaft überhaupt (§. 26 Nr. 2), theils ein inneres der Mitglieder unter sich, theils ein äußeres gegen Nichtmitglieder. Von dem Ersteren wurde in den §§. 1181 — 1200, von dem Letzteren wird in den hier zu erläuternden und den folgenden beyden §§. gehandelt. — Hier gilt ebenfalls der Grundsatz, daß einer erlaubten Erwerbsgesellschaft, als einer moralischen Person überhaupt, gleiche Rechte und Verbindlichkeiten gegen andere physische und moralische Personen, wie den einzelnen physischen Personen, gegen einander zukommen. — Nur ist dabey darauf zu sehen, wer für eine ganze Gesellschaft Rechte und Verbindlichkeiten gründen könne, und in wie weit dadurch jedes einzelne Mitglied berechtiget oder verpflichtet werde [1]).

2) Die mit Personen außer der Gesellschaft geschlossenen Geschäfte sind für die Societät nur dann verbindlich, wenn sie unter der ausdrücklichen oder stillschweigenden Einwilligung aller Mitglieder von ihren Bevollmächtigten innerhalb der Gränzen der offenen Vollmacht eingegangen wurden. Eine stillschweigende Einwilligung sämmtlicher Mitglieder muß aber dann als vorhan-

1) Siehe v. Zeiller's Commentar Nr. 1.

den angenommen werden, wenn das Geschäft in Folge eines, durch die Mehrheit der Stimmen gefaßten Gesellschaftsbeschlusses mit der dritten Person abgeschlossen worden ist (§§. 833 u. 1188).

3) Ob und welchen Mitgliedern eine solche Bevollmächtigung zustehe, ist aus der Verfassung einer Societät und den Bestellungsurkunden zu entnehmen (§. 1028). Hat die Gesellschaft eine protocollirte Firma, so ist jeder, der das Recht zu firmiren erhielt, Geschäfte im Nahmen der Gesellschaft zu schließen befugt, und jene, die er unter der Societäts-Firma eingegangen hat, ist die Gesellschaft als die ihrigen anzuerkennen schuldig. Sollten jedoch die Geschäfte der Societät unter mehrere Firmaführer vertheilt, diese Vertheilung in dem Societäts-Vertrage deutlich ausgedrückt, und gehörig bekannt gemacht worden seyn; so stellt jeder Firmaführer nur in Geschäften, die er in seinem Fache unternimmt, die Societät vor [1]).

§. 1203.

Was also Jemand an ein einzelnes Mitglied, und nicht an die Gesellschaft zu fordern oder zu zahlen hat, kann er auch nur an das einzelne Mitglied, und nicht an die Gesellschaft fordern oder bezahlen. Eben so hat aber bey gesellschaftlichen Forderungen oder Schulden jedes Mitglied nur für seinen Antheil ein Recht oder eine Verbindlichkeit zur Zahlung, außer in dem Falle, welcher bey Handelsleuten vermuthet wird, daß Alle für Einen und Einer für Alle etwas zugesagt oder angenommen haben.

1) Der Eingang des gegenwärtigen §. ist eine natürliche Folgerung aus der im vorigen §. enthaltenen Anordnung, daß jedes Mitglied ein von dem gemeinschaftlichen abgesondertes Vermögen besitzen, und hierüber nach Belieben verfügen könne. Wenn also Jemand, ob er gleich mit anderen in einer Societät oder besondern Gütergemeinschaft steht, in seinem Nahmen und über

1) Siehe Fischer's Handbuch §. 106.

seine, von der Societät abgesonderten Geschäfte mit Andern in ein Rechtsverhältniß tritt, so schränkt es sich auf seine Person und auf sein Vermögen ein. Die Gläubiger aus einem solchen Rechtsverhältnisse können die Forderung nur gegen ihn, nicht gegen die Gesellschaft stellen, und die Schuldner können nur von ihm, nicht von der Gesellschaft zur Erfüllung der Verbindlichkeiten angehalten werden; sie können nur an ihn, nicht an die Gesellschaft, ihre Schuld abtragen.

2) Dagegen kommt Jenen, die mit einer Societät oder deren Bevollmächtigten ein Geschäft geschlossen haben, das daraus entsprungene Recht, oder die daraus erwachsene Verbindlichkeit eigentlich gegen die ganze Gesellschaft, gegen die einzelnen Glieder aber nur in so fern zu, als sie als Theilnehmer an derselben zu betrachten sind.

3) In dieser letzteren Rücksicht ist die Regel zu beachten, daß in einer Gemeinschaft theilbarer Sachen jeder Mitgenosse nur nach seinem Antheile berechtiget und verpflichtet werde (§§. 889 u. 1302). Wer also gegen eine Gesellschaft Rechte erwerben will, muß sich, wie v. Zeiller bemerkt, vorsehen, ob ihr Vermögen, oder der, alle einzelnen Einlagen umfassende Hauptstamm zur Befriedigung zureiche oder nicht. Er kann sich aus einer Forderung an die Gesellschaft nur in so fern an die einzelnen Glieder halten, als ihr Antheil zur Befriedigung zureicht, und von der einer Gesellschaftsschuld kann man einem einzelnen Theilnehmer nur den ihn treffenden Antheil entrichten. — Indessen kann diese Bemerkung in der Regel nur dann in Anwendung kommen, wenn sich die Gesellschaft bereits aufgelöset hat; denn so lange die Gesellschaft wirklich besteht, und ein Gesellschaftsfond durch bare Einlagen der einzelnen Mitglieder creirt worden ist, — sind es nicht die einzelnen Mitglieder, welche eine Zahlung in Empfang nehmen können, sondern diejenigen, welche die Gesellschaft repräsentiren, und so können auch nicht die einzelnen Mitglieder zur Leistung einer Zahlung verurtheilt werden, sondern nur der durch die einzelnen Einlagen zu Stande gekommene Gesellschaftsfond. — Nur in dem Falle könnte auch bey dem fortwährenden Bestande der Gesellschaft obige Bemer-

kung in Anwendung kommen, wenn der Gesellschaftsfond durch keine baren Einlagen, sondern nur dadurch gebildet worden ist, daß jedes Mitglied für einen bestimmten Betrag zu haften sich erklärte, z. B. es wären Mehrere mitsammen übereingekommen, ein Gebäude zu errichten, wozu Jeder für einen bestimmten Betrag zu haften sich erklärte. — Wenn daher der Bauführer zur bestimmten Zeit die zugesicherte Bezahlung nicht erhielte, und daher genöthigt würde, gegen die einzelnen Mitglieder der Gesellschaft auf Zahlung Klage zu führen, könnte er nur jeden einzelnen Theilnehmer nach dem Verhältnisse des Betrages, für welchen er sich als Hafter erklärte, belangen.

4) Eine Ausnahme macht die Correalität (§. 391). Diese ist aber nicht nur dann vorhanden, wenn die Mitglieder was immer für einer Erwerbs-Gesellschaft sich nahmentlich und ausdrücklich Alle für Einen, und Einer für Alle erklärt haben, sondern auch wenn *Handelsleute* sich als Gesellschafter in der Firma entweder nahmentlich, oder durch den Ausdruck „Compagnie" bekannt gemacht haben.

§. 1204.

Die geheimen Mitglieder einer Handlungsgesellschaft, solche nähmlich, welche ihr einen Theil des Fondes auf Gewinn und Verlust dargeliehen haben, aber nicht als Mitglieder angekündet worden sind, haften in keinem Falle mit mehr, als mit dem dargeliehenen Capitale. Die kund gemachten Mitglieder haften mit ihrem ganzen Vermögen.

1) Die Mitglieder einer Handelsgesellschaft sind entweder *geheime* oder *öffentliche*. Die geheimen, oder auch stille Gesellschafter genannt, sind diejenigen, welche zu dem Gesellschaftsfonde Beyträge geleistet haben, und daher nach dem Verhältnisse dieser ihrer Einlagen an dem Gewinne oder Verluste der gesellschaftlichen Unternehmungen Theil nehmen, ohne jedoch öffentlich als Mitglieder der Gesellschaft angekündet zu werden. —

Oeffentliche aber solche, welche als Mitglieder der Gesellschaft ordentlich angekündet werden. Erstere haften in keinem Falle mehr als mit ihrer Einlage [1]).

2) Anders verhält es sich in Ansehung der öffentlichen Gesellschafter; diese haften in Ansehung der Gesellschaftsschulden mit ihrem ganzen Vermögen. Der Unterschied liegt darin: Die geheimen Gesellschafter treten eben deßhalb, weil sie nicht als Gesellschafter angekündet werden, mit den dritten Personen, die mit der Gesellschaft sich in Rechtsgeschäfte einlassen, in keine unmittelbare Berührung, und sie werden nur in so weit, als sie Theilnehmer an dem Gesellschaftsfonde sind, sohin auch nur in so weit ihre Einlagen reichen, durch die mit der Gesellschaft eingegangenen Verträge ins Mitleid gezogen. Die öffentlichen Gesellschafter treten dagegen mit diesen dritten Personen in unmittelbare rechtliche Berührung, sie kündigen sich als diejenigen an, welche in Ansehung jener Verbindlichkeiten, die die Gesellschaft gegen dritte Personen übernimmt, persönlich verpflichtet seyn wollen. — So wie nun jeder Schuldner mit seinem ganzen Vermögen für die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten haftet (§. 447 Nr. 1), so auch die öffentlichen Gesellschafter.

3) Es dringt sich hier die Frage auf: ob solche öffentliche Gesellschafter, wenn sie in ihrer Ankündigung ausdrücklich anführen, daß sie nur mit dem zum Betriebe der Geschäfte gewidmeten Fonde für die Gesellschaftsschulden haften wollen, dessen ungeachtet mit ihrem ganzen Vermögen für derley Schulden verantwortlich seyn? — Ich glaube hier unterscheiden zu müssen, ob die öffentlichen Gesellschafter, in Ansehung welcher diese Frage entsteht, das Geschäft, aus welchem die Verbindlichkeit gegen diese dritten Personen entspringt, persönlich oder bloß durch einen Bevollmächtigten, z. B. den Firmaführer, abgeschlossen haben. — Im ersten Falle kann sich ihre Haftung nicht auf das Vermögen beschränken, das sie in die Gesellschaft eingebracht haben, sondern muß sich auf ihr gesammtes Vermögen ausdehnen. — Denn hier gehet ihre Verbindlichkeit unmittelbar aus

1) Die Ausdrücke: »dargeliehen haben" und »dargeliehenen Capitale" sind daher hier nur im uneigentlichen Verstande zu nehmen.

dem geschlossenen Geschäfte selbst hervor, und das Gesellschaftsvermögen kann hier als besonderer, aber nicht als einziger Bezahlungsfond angesehen werden. — Denn derjenige, der Jemanden durch seine eigene Handlung zu einer Leistung verbunden wird, kann durch eine vorausgegangene öffentliche Ankündigung seine ihm vermög dem Gesetze obliegende Verbindlichkeit nicht willkührlich beschränken. — Der öffentliche Gesellschafter, welcher unmittelbar mit einem Dritten ein Geschäft abschließt, stellt sich diesem nicht als ein bloßer Bevollmächtigter, sondern als derjenige dar, der das Geschäft in eigenem Nahmen (wenn auch hieran Mehrere Theil nehmen) abschließt, und die hieraus hervorgehenden Verpflichtungen auf sich nimmt, — und dem Dritten kann nicht zugemuthet werden, daß er sich die öffentliche Ankündigung, in welcher die Gesellschafter sich erklärten, nur mit dem Betriebsfonde für ihre Verbindlichkeiten haften zu wollen, bey dem Geschäfte vor Augen gehalten habe. — Anders verhält sich die Sache aber dann, wenn das Geschäft nicht unmittelbar mit demjenigen Gesellschafter, um dessen Zahlungspflicht es sich handelt, sondern mit demjenigen abgeschlossen wird, dem die öffentlichen Gesellschafter als ihren Bevollmächtigten oder Firmaführer in der nähmlichen Urkunde, worin sie sich nur mit dem Betriebsfonde zu haften erklärten, öffentlich darstellten; — denn, wenn dritte Personen mit einem solchen Bevollmächtigten Geschäfte abschließen, so können sie sich, wenn sie von den Machtgebern die Leistung einer Verbindlichkeit ansprechen, nur auf die demjenigen, mit dem sie das Geschäft abschlossen, ertheilte Vollmacht berufen. Die Gesellschafter können daher auch nur nach Maßgabe dieser ertheilten Vollmacht zur Zahlung verhalten werden. Da nun aber in der Urkunde, welche zum Ausweise der Bevollmächtigung dienet, wie hier vorausgesetzt wird, die Beschränkung enthalten ist, daß sich die Gesellschafter nur mit dem ausgewiesenen Betriebsfonde zu haften verbinden; so könnte der Bevollmächtigte durch seine Handlungen auch nur den Betriebsfond, aber nicht auch ein anderwärtiges Vermögen der Gesellschafter beburden, und diejenigen, welche mit ihm das Geschäft eingehen, müssen sich diese Beschränkung gefallen lassen.

§. 1205.

Auflösung der Gesellschaft, und Austritt aus derselben.

Die Gesellschaft löset sich von selbst auf, wenn das unternommene Geschäft vollendet; oder nicht mehr fortzuführen; wenn der ganze gemeinschaftliche Hauptstamm zu Grunde gegangen; oder wenn die zur Dauer der Gesellschaft festgesetzte Zeit verflossen ist.

Eine Erwerbsgesellschaft, deren Entstehung und Rechtsverhältniß nun erörtert worden ist, endiget sich theils gänzlich, theils nur in Beziehung auf einzelne Mitglieder. Der gegenwärtige §. zählt jene Fälle auf, in welchen die Gesellschaft gänzlich erlischt. Sie sind ganz aus der Natur dieses Vertragsverhältnisses entnommen, und bedürfen keiner näheren Erörterung. Nur muß diesen vom Gesetze aufgeführten Erlöschungsarten auch die durch allseitiges Einverständniß der Mitglieder beygerückt werden, welche gleichfalls in der Natur eines Vertragsverhältnisses überhaupt gegründet ist, in welchem ganz vorzüglich der gemeinsame Wille der Interessenten entscheidet. Der Tod der Gesellschaftsglieder kann nur dann als eine Auflösungsart der Gesellschaft angesehen werden, wenn er sämmtliche Gesellschaftsglieder, oder wenigstens alle bis auf Einen umfaßt (§§. 1206 u. 1207).

§. 1206.

Die gesellschaftlichen Rechte und Verbindlichkeiten gehen in der Regel nicht auf die Erben eines Mitgliedes über. Doch sind diese, wenn mit ihnen die Gesellschaft nicht fortgesetzt wird, berechtiget, die Rechnungen bis auf den Tod des Erblassers zu fordern und berichtigen zu lassen. Sie sind aber im entgegengesetzten Falle auch verbunden, Rechnungen zu legen, und zu berichtigen.

1) Der Grund, warum (ausnahmsweise §. 918) der Gesellschaftsvertrag, oder das Recht und die Verbindlichkeit die Gesellschaft fortzusetzen, in der Regel [1]) für höchst persönlich erklärt wird, liegt, wie Herr Hofrath v. Zeiller in seinem Commentare bemerkt, in der längst gemachten Bemerkung, daß bey den mannigfaltigen, zu entscheidenden Gesellschafts-Angelegenheiten selbst eine frey gewählte, um so mehr also eine unfreywillige Verbindung leicht in eine Quelle von Streitigkeiten ausarte (§. 830 Nr. 2). Es sind also weder die Erben des verstorbenen Mitgliedes die Gesellschaft mit den übrigen Gliedern, noch die letzteren mit den ersteren die Gesellschaft fortzusetzen verpflichtet; wohl aber mit wechselseitigem Einverständnisse berechtiget.

2) Doch kann nicht behauptet werden, daß die gesellschaftlichen Rechte und Verbindlichkeiten insgesammt mit dem Tode des einen oder anderen Mitgliedes (ipso facto) erlöschen. — Es muß nähmlich hier unterschieden werden, ob das verstorbene Mitglied zum Betriebe der gemeinschaftlichen Unternehmung durch Handlungen mitzuwirken hatte, oder ob seine Theilnahme an dem Gesellschaftszwecke nur in der Leistung des Beytrages zum Fonde der Gesellschaft bestanden habe. — Im ersten Falle erlöschen jene Rechte und Verbindlichkeiten, welche auf die Handlungen des verstorbenen Mitgliedes Bezug haben, natürlich sogleich nach dem Tode des Mitgliedes, und es haben in der Regel weder die Erben des Verstorbenen das Recht, diese Handlungen anstatt des verstorbenen Mitgliedes fortzusetzen, noch können sie von den übrigen Mitgliedern hiezu verhalten werden. — Im letzten Falle aber entsteht durch den Tod des Mitgliedes sowohl für die Erben desselben das Recht, aus der Gesellschaft auszutreten, und sohin dasjenige zu verlangen, was bey einer Theilung des gesellschaftlichen Vermögens auf den Erblasser entfallen wäre, als auch für die übrigen Mitglieder das Befugniß, den Erben diesen Antheil hinauszuzahlen, und sohin in Bezug auf dieselben die Gesellschaft aufzulösen. So lange die von dem Erblasser zu dem Gesellschaftszwecke hergegebenen Beyträge im Fonde der Gesellschaft verbleiben, in so lange haben auch die-

1) Ausnahmen kommen §§. 1207 u. 1208 vor.

selben Anspruch, an dem Gewinne Antheil zu nehmen (§. 1193), sind aber auch verpflichtet, den sich allenfällig nach dem Tode des Mitgliedes ergebenden Verlust mit zu tragen (§. 1197); denn eben darum, weil die Erben ihre Beyträge nicht zurückfordern, und die übrigen Mitglieder ihnen dieselben nicht zurückgeben, wird die Gesellschaft zwischen ihnen stillschweigend fortgesetzt.

3) Damit die Erben überzeugt werden, daß sie bey dem Austritte der Gesellschaft auch dasjenige erlangen, was auf den Erblasser gefallen seyn würde, wenn sich die Gesellschaft zur Zeit des Todes aufgelöset hätte, sind sie berechtiget zu fordern, daß die Rechnungen bis zum Todestage abgeschlossen und berichtiget werden. Denn erst aus diesen berichtigten Rechnungen gehet hervor, was sie aus dem Gesellschaftsvermögen, als den dem Erblasser treffenden Antheil, zu fordern berechtiget sind. — In so ferne jedoch dem verstorbenen Mitgliede die Verwaltung des gesellschaftlichen Vermögens und sohin die Rechnungslegung hierüber obgelegen ist, sind auch dessen Erben zu dieser Leistung verbunden.

§. 1207.

Besteht die Gesellschaft nur aus zwey Personen; so erlischt sie durch das Absterben der Einen. Besteht sie aus mehreren; so wird von den übrigen Mitgliedern vermuthet, daß sie die Gesellschaft noch unter sich fortsetzen wollen. Diese Vermuthung gilt auch überhaupt von den Erben der Handelsleute.

1) Da eine Gesellschaft ihrem Begriffe nach mehrere Personen voraussetzt, so folgt ganz natürlich, daß in dem Falle, als selbe nur aus zwey Personen besteht, die ganze Gesellschaft durch das Absterben eines Gesellschaftsgliedes erlöschen müsse. — Aus gleichem Grunde wird auch eine aus mehreren Personen bestehende Gesellschaft erlöschen, wenn so viele Mitglieder davon sterben, daß nur ein einziges aus der Gesellschaft mehr übrig bleibt.

2) Bleiben aber nach dem Tode des einen oder mehrerer Mitglieder noch mehr als ein Gesellschaftsglied übrig, so

bleiben diese übrig bleibenden Mitglieder aus dem Vertrage in der Regel noch immer verbunden, die Gesellschaft unter sich fortzusetzen. Zwar bedient sich der §. hier des Ausdruckes, „daß von den übrigen Mitgliedern vermuthet werde, sie wollen unter sich die Gesellschaft noch fortsetzen;" welcher Ausdruck zu der Folgerung verleiten könnte, daß es nur einer ausdrücklichen Gegenerklärung des einen oder anderen Mitgliedes bedürfe, um wenigstens von seiner Seite die Gesellschaft aufzulösen. — Allein eine solche Auslegung des gegenwärtigen §. kann darum nicht richtig seyn, weil man sonst diesen mit dem §. 1211 nicht in Vereinigung bringen könnte, der nur dann die Aufkündigung des Gesellschaftsvertrages gestattet, wenn von dem verstorbenen Mitgliede der Betrieb des Geschäftes vorzüglich abhing. Es ist nähmlich schon bey Erläuterung des §. 1205 bemerket worden, daß sich der Gesellschaftsvertrag durch allseitiges Einverständniß sämmtlicher Mitglieder endige. — Es kann nun allerdings geschehen, daß das verstorbene Mitglied, ungeachtet es zum Betrieb des Geschäftes nicht vorzüglich verwendet wurde, doch wegen seinen anderweitigen Kenntnissen und Eigenschaften vor den übrigen Gliedern ein so großes Vertrauen genoß, daß sich nach dessen Tode die übrigen Mitglieder entschließen, den Gesellschaftsvertrag durch gemeinschaftliches Einverständniß aufzulösen. — Da es übrigens auch Gesellschaften gibt, in welchen auf das thätige Zusammenwirken aller Glieder gerechnet, und daher schon bey Aufnahme der Gesellschaftsglieder auf ihre persönliche Eigenschaften Rücksicht genommen wird; so könnte insbesondere in diesen letzteren Fällen die Vermuthung geltend gemacht werden wollen, daß nach Absterben eines einzelnen Mitgliedes auch die übrigen den Gesellschaftsvertrag aufzulösen entschlossen seyn. — Dieser Ansicht stellt sich nun das Gesetz im gegenwärtigen §. entgegen. — Keineswegs lag es aber in der Absicht des Gesetzgebers, es der Willkühr der einzelnen Mitglieder überlassen zu wollen, ob sie den Gesellschaftsvertrag fortsetzen wollen oder nicht.

3) Von Handlungsgesellschaften vermuthet das Gesetz, daß bey der Errichtung die (nächsten §. 1208) Erben mit einge-

schlossen seyn; diese können also weder eigenmächtig austreten, noch von den übrigen Mitgliedern ausgeschlossen werden.

§. 1208.

Lautet der von Personen, die keine Handelsleute sind, errichtete Gesellschaftsvertrag ausdrücklich auf ihre Erben; so sind diese, wenn sie die Erbschaft antreten, verpflichtet, sich nach dem Willen des Erblassers zu fügen; allein auf die Erbeserben erstreckt sich dieser Wille nicht; noch weniger vermag er eine immerwährende Gesellschaft zu begründen (§. 832).

1) Wenn die Mitglieder einer Gesellschaft zu ihrer dauerhaften und festen Begründung eine ausdrückliche Verabredung treffen, daß die Societät auch mit den Erben fortgesetzt werden soll; so sind die (ersten) Erben aus dem Antritte der frey vererblichen Verlassenschaft (§. 548), und die übrigen Glieder unmittelbar aus der Verabredung zur Fortsetzung der Erwerbsgemeinschaft verbunden. Bey Handelsleuten ist eine solche ausdrückliche Verabredung überflüssig (§. 1207 Nr. 3). — Das Gesetz macht hier zwischen gesetzlichen und Testaments-Erben keinen Unterschied, folglich sind auch die letzteren darunter begriffen. — Was wäre aber in dem Falle Rechtens, wenn der Vertrag ausdrücklich auf die Erbeserben ausgedehnt worden wäre? — Daß auch in diesem Falle nur die nächsten, unmittelbaren Erbeserben, nicht auch die entfernteren darunter verstanden werden können, scheinet zweifelsfrey zu seyn; denn hierfür spricht sowohl die im gegenwärtigen §. klar hervorleuchtende Absicht des höchsten Gesetzes, zufolge welcher der Ausdruck „Erbe" im strengen Sinne des Wortes genommen werden muß, als auch die weitere Anordnung, daß eine immerwährende Gesellschaft nicht begründet werden könne. Wollte man aber den Ausdruck „Erbeserben" auf alle Nachfolger beziehen; so würde es sich ja eben darum handeln, eine immerwährende Gesellschaft zu begründen. — Diese beschränktere Bedeutung des Ausdruckes „Erbeserben"

vorausgesetzt, glaube ich nun, daß die den Erben überlebenden Mitglieder allerdings verbunden sind, die Erbeserben, wenn sie in der Gemeinschaft bleiben wollen, in selber zu belassen, weil sie sich durch den Vertrag hierzu anheischig gemacht haben; — bey der Beantwortung der Frage aber, ob auch die Erbeserben zur Fortsetzung der Gemeinschaft verhalten werden können, scheinen verschiedene Verhältnisse berücksichtiget werden zu müssen. Hat der Erblasser, der den Gesellschaftsvertrag geschlossen hat, eine fideicommissarische Substitution angeordnet; so kann kein Zweifel obwalten, daß der eingesetzte Nacherbe die von dem Erblasser in seinem Nahmen eingegangenen Verbindlichkeiten zu erfüllen habe; denn es gehen seine Rechte und Verbindlichkeiten an den Nacherben über. Ist aber dieses der Fall nicht, hat der Erblasser seinem Erben freygelassen mit dem von ihm hinterlassenen Vermögen nach Willkühr zu verfügen; so kann der Erbeserbe nicht gehalten werden, in der Gemeinschaft zu bleiben, weil er nur in die Rechte und Pflichten seines unmittelbaren Vorfahrs, nicht aber in die seines Vor-Vorfahrs eintritt, und weil er dem Willen seines Vor-Vorfahrs sein Erbrecht nicht zu danken hat, — folglich auch nicht gehalten werden kann, eine von ihm eingegangene Verbindlichkeit zu erfüllen.

2) Eine bloße Anordnung des Erblassers, daß sein Erbe die Gemeinschaft fortsetzen soll, verbindet zwar den Erben, aber sie verbindet nicht die übrigen Mitglieder, denselben als ein Mitglied anzuerkennen (§. 1206). Ein auf den bloßen Pflichttheil eingesetzter Erbe, wie auch derjenige, welcher die Erbschaft mit Vorbehalt des Pflichttheiles ausschlägt, kann zur Fortsetzung der Gemeinschaft nicht verhalten werden (§. 774). Dieses gilt selbst für den Fall, als durch den Societäts-Vertrag festgesetzt worden seyn sollte, daß die Erben in der Societät bleiben sollen; weil sich auch in diesem Falle die Verpflichtung der Erben, in der Gesellschaft zu bleiben, nicht im Gesetze, das ihn von der Fortsetzung der Gesellschaft befreyt (§. 1206), sondern in dem Willen des Erblassers gründet, wie auch der gegenwärtige §. ausdrücklich durch die Worte andeutet, daß die Erben verpflichtet sind, sich nach dem Willen des Erblassers zu fügen; der

Erblasser kann aber den Pflichttheil der Notherben durch seinen Willen nicht beschränken, sondern er ist verbunden, demselben dasjenige, was er ihm vermög der Vorschrift des Gesetzes als Pflichttheil hinterlassen muß, ungeschmälert zukommen zu machen [1]).

3) Eine immerwährende Gesellschaft kann weder durch den Vertrag noch durch den letzten Willen gegründet werden. Hier entsteht die Frage, in wie weit der Gesellschaftsvertrag auch auf die Erbeserben ausgedehnt werden könne? — Bey Beantwortung dieser Frage muß die sub Nr. 1. gemachte Bemerkung vor Augen gehalten werden, woraus die Beschränkung von selbst erhellet. Es ist nähmlich schon dort bemerkt worden, daß derjenige, welcher den Gesellschaftsvertrag eingegangen hat, seine Erbeserben zur Fortsetzung der Gesellschaft nur in so fern verpflichten könne, als er seinen eigenen Erben einen Nacherben (fideicommissarisch) substituirt hat. In wie weit nun derselbe fideicommissarisch substituiren kann, in so weit kann er auch die Verbindlichkeit, den Gesellschaftsvertrag fortzusetzen, auf die Erbeserben ausdehnen. Die Beschränkung des Rechtes fideicommissarisch zu substituiren ist aber in den §§. 611 u. 612 enthalten.

§. 1209.

Wenn der Erbe die von dem Verstorbenen für die Gesellschaft übernommenen Dienste zu erfüllen nicht im Stande ist; so muß er sich einem verhältnißmäßigen Abzuge an dem ausgemessenen Antheile unterziehen.

1) Diese Vorschrift versteht sich, wie Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt, von dem Falle, wo ein solcher Erbe, wie z. B. ein Unmündiger, Verstandloser oder Sachunkundiger, zwar ei-

---

1) Das preußische Landrecht verordnet zwar das Gegentheil (I. Th. 17. Tit. §§. 282 — 285), allein es ist dabey nicht zu übersehen, daß dasselbe überhaupt den Grundsatz an die Spitze stellt, daß bey Gesellschaften, deren Gegenstand und Zweck nicht in dem Betriebe eines gemeinschaftlichen Geschäfts oder Gewerbes besteht, oder wo das verstorbene Mitglied wenigstens an dem Betriebe des gemeinschaftlichen Gewerbes oder Geschäfts nicht thätigen Antheil genommen hat, durch den Tod desselben in den Verhältnissen der Gesellschaft nichts geändert werde (§§. 273 — 287).

nen Antheil an dem Hauptstamme besitzt, aber die gewöhnliche Mitwirkung (§. 1185) weder selbst, noch mittelst seines Vertreters, und vorzüglich, wenn er die besonderen mit einem größeren Antheile belohnten Dienste seines Vorfahrs zu leisten außer Stande ist, weßgegen von Anderen wichtigere oder besonders zu belohnende Bemühungen übernommen werden müssen.

2) Dieser Abzug an dem ausgemessenen Antheile, wie sich der §. ausdrückt, und der in streitigen Fällen, allenfalls nach Einvernehmen der Sachverständigen, von dem Richter zu bestimmen ist, kann sich aber in der Regel nur auf den Gewinn, nicht aber auf den Hauptstamm beziehen. — Denn in der Regel ist nur der Gewinn, den die Gesellschaft beziehet, als eine Belohnung der der Gesellschaft geleisteten Dienste anzusehen; da in dem Falle, als die Dienste durch fremde Personen verrichtet wurden, der Lohn für ihre Bemühungen gleichfalls nur aus dem Gewinne, nicht aber aus dem Capitalsfonde selbst genommen werden könnte. — Nur in dem, gewiß äußerst seltenen Falle, daß einem Mitgliede in Ansehung der von ihm übernommenen, für die Gesellschaft zu leistenden Dienste ein bestimmter Theil an dem Capitalsfonde selbst (nicht bloß zum Zwecke der Bemessung des Gewinnst-Antheiles) zugemessen worden seyn sollte, würde derselbe für den dienstunfähigen Erben zum Theile verloren gehen.

§. 1210.

Wenn ein Mitglied die wesentlichen Bedingungen des Vertrages nicht erfüllet; wenn es in Concurs verfällt; als Verschwender gerichtlich erklärt, oder überhaupt unter die Curatel gesetzt wird; wenn es durch ein Verbrechen das Vertrauen verliert: so kann es vor Verlauf der Zeit von der Gesellschaft ausgeschlossen werden.

1) Die im Eingange des gegenwärtigen §. vorkommende Anordnung ist gleichfalls wieder eine Ausnahme von der im §. 919 aufgestellten Regel, daß wegen Nicht-Erfüllung des Ver-

trages von einer Seite der Mitpasciscent nicht auf Aufhebung, sondern nur auf genaue Erfüllung des Vertrages dringen könne. — Allein der Grund dieser Ausnahme bey dem Gesellschaftsvertrage läßt sich leicht einsehen, indem bey selbem ein stätes Mitwirken der Gesellschaftsglieder zur Beförderung des Gesellschaftszweckes erfordert wird, das sich durch rechtlichen Zwang, wenigstens ohne Nachtheil für die Gesellschaft, nicht herbeyführen läßt. Als wesentliche Uebertretungen der Vertragspflicht sind, wie schon v. Zeiller bemerkte, vorzüglich Betrug, Untreue (in so fern sie gegen die Gesellschaft selbst gerichtet sind), ein schädlicher Nebenhandel (§. 1186) und beharrliche Verweigerung der Bemühungen. Mindere Uebertretungen lösen den Vertrag nicht auf.

2) Verfällt ein Mitglied in Concurs, so verliert dasselbe das Dispositionsrecht über sein Vermögen, und fällt dasselbe seinen Gläubigern anheim. Es könnte daher die Gesellschaft für keinen Fall mit dem Mitgliede selbst, sondern sie müßte mit der Concursmasse fortgesetzt werden. — Dieses wäre aber weder für die Gesellschaft, noch für die Concursmasse gedeihlich. Hat sich das in Concurs verfallene Mitglied lediglich zu Arbeiten für die Gesellschaft verpflichtet, und bestehen dieselben in dem Betriebe der Geschäfte, welche der Gesellschaft obliegen; so ist es als ein Machthaber anzusehen, und der Vertrag muß daher schon nach der Vorschrift des §. 1024 für aufgehoben angesehen werden. Bestehen sie aber selbst in anderen Arbeiten, so ist es dadurch doch in der Lage, der Gesellschaft durch Verschulden Schaden zuzufügen und wäre außer Stande, diesen Schaden zu vergüten. Man kann daher in einem solchen Falle die übrigen Mitglieder der Gesellschaft nicht füglich zur Fortsetzung des Gesellschaftsvertrages verhalten.

3) Ein Aehnliches ist der Fall, wenn ein Mitglied wegen Verschwendung, oder aus einem anderen Grunde gerichtlich unter die Curatel gesetzt wird. — Die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem Curator würde selbst diesem, noch mehr aber der Gesellschaft lästig fallen, da bey Berathschlagungen über gemeinschaftliche Angelegenheiten, und besonders bey Entscheidungen darüber öfters selbst die Curatelsbehörde Einfluß nehmen müßte.

Die Fälle, in welchen Jemand unter die Curatel gesetzt wird, sind an dem gehörigen Orte bestimmt (§. 270).

4) Hat ein Gesellschafter ein Verbrechen begangen, und ist dießfalls zur Strafe des schweren Kerkers verurtheilt worden; so wird er in Ansehung seines Vermögens ohnehin unter Curatel gesetzt (§. 279), und er kann daher ohne Rücksicht auf die Gattung des Verbrechens schon aus obigem Grunde von der Gesellschaft ausgeschlossen werden. — Wenn aber auch der Fall der Verurtheilung zur schweren Kerkerstrafe nicht eintritt, kann das Mitglied zum Austritte verhalten werden, wenn es sich um ein Verbrechen handelt, wodurch das Zutrauen verloren geht. Solche Verbrechen sind: Betrug, Diebstahl, Veruntreuung, überhaupt diejenigen, bey welchen gewöhnlich Gewinnsucht die Triebfeder ist. Daß das Mitglied dieses Verbrechens schuldig erkannt werden müsse, wird gerade wesentlich nicht erfordert; denn, wenn ein Mitglied als eines solchen Verbrechens rechtlich beinzichtiget in Untersuchung gezogen wird, und sich in dieser nicht hinlänglich rechtfertiget, dergestalt, daß die Untersuchung nur aus Mangel an rechtlichen Beweisen für aufgehoben erklärt wird, sohin dasselbe noch immer verdächtig bleibt, das Verbrechen begangen zu haben; so kann man immer von demselben noch behaupten, daß es durch ein Verbrechen (welches wahrscheinlich von dem Mitgliede verübt worden ist) das Vertrauen verloren habe, und man kann den übrigen Mitgliedern nicht zumuthen, daß sie mit Zwang verhalten werden sollen, den Gesellschaftsvertrag mit einem solchen Gesellschafter fortzusetzen, und sich der Gefahr von Uebervortheilungen auszusetzen. Geringere Vergehungen der Art, welche lediglich als schwere Polizey-Uebertretungen behandelt oder bestrafet werden, geben den übrigen Mitgliedern noch kein Recht zur Ausschließung.

5) Das Recht, das Mitglied in den hier berührten Fällen von der Gesellschaft auszuschließen, steht nicht nur der Gesammtzahl der übrigen Mitglieder, oder wenigstens dem größeren Theile derselben, sondern jedem einzelnen Mitgliede selbst zu, indem kein einziges Mitglied gezwungen werden kann, mit demselben in fortwährender gesellschaftlicher Verbindung zu leben.

§. 1211.

Man kann den Gesellschaftsvertrag vor Verlauf der Zeit aufkündigen, wenn dasjenige Mitglied, von welchem der Betrieb des Geschäftes vorzüglich abhing, gestorben oder ausgetreten ist.

1) Das Gesetzbuch handelt in diesem und dem folgenden §. von denjenigen Fällen, in welchen der Gesellschaftsvertrag von Seite einzelner Mitglieder aufgekündet werden kann. Die Aufkündigung besteht aber in der an die Repräsentanten der Gesellschaft abgegebenen Erklärung, daß man aus der Gesellschaft austreten wolle. — Es liegt in dem Begriffe einer Aufkündigung, daß sie einige Zeit vor dem wirklichen Austritte vor sich gehe. — Die Vorschrift des preußischen Landrechtes [1]), daß die Ankündigung des Austrittes dergestalt zeitig erfolgen müsse, daß die übrigen Gesellschafter wegen Abfindung des Austretenden und wegen Fortsetzung der Geschäfte unter sich die nöthigen Anstalten treffen können, scheinet der Natur der Sache angemessen, und daher in Ermangelung einer ausdrücklichen Bestimmung hierüber auch nach dem Geiste des österreichischen Gesetzbuches behauptet werden zu dürfen.

2) Wenn aber gleich der austretende Gesellschafter sich noch einige Zeit nach gemachter Aufkündigung die Fortsetzung der Gesellschaft gefallen lassen muß, und sohin an dem Gewinne und Verluste derselben noch fortwährenden Antheil nimmt; so kann er doch nicht gezwungen werden, auch an jenen Unternehmungen Antheil zu nehmen, welche zwar noch vor dem wirklichen Austritte, aber doch erst nach Ankündigung desselben gemacht werden. Es ist daher, um künftigen Streitigkeiten möglichst vorzubeugen, sehr rathsam, wenn die Gesellschafter gleich nach geschehener Aufkündigung sich mit dem Austretenden über die künftigen Grundsätze der Auseinandersetzung verabreden. — An Geschäften, die zwar beschlossen sind, mit deren Ausführung jedoch kein wirklicher Anfang gemacht ist, hat der austretende Gesellschafter doch noch Theil zu nehmen, in so fern schon durch den Abschluß allein Rechte und Verbindlichkeiten für die ganze Gesellschaft entstanden

1) A. a. O. §. 293.

sind, da bereits erworbene Rechte und auferlegte Verbindlichkeiten durch die Aufkündigung nicht erlöschen können, z. B. es hätte sich die Gesellschaft zu einer Lieferung von Schuhen für die Armee bereits anheischig gemacht.

3) Der gesetzliche Grund, warum einem Mitgliede die Aufkündigung in dem hier berührten Falle gestattet ist, ist einleuchtend. — Denn sehr oft sind nur die persönlichen Eigenschaften desjenigen, der das gesellschaftliche Unternehmen leitet, der Grund, aus welchem sich die einzelnen Mitglieder zur Eingehung des Gesellschaftsvertrages entschließen.

§. 1212.

Wenn die Zeit zur Dauer der Gesellschaft weder ausdrücklich bestimmt worden ist, noch aus der Natur des Geschäftes bestimmt werden kann; so mag jedes Mitglied den Vertrag nach Willkühr aufkündigen; nur darf es nicht mit Argliſt oder zur Unzeit geschehen (§. 830).

1) Daß der Gesellschaftsvertrag mit Verlauf der Zeit oder mit Eintritt der auflösenden Bedingung sich endige, fließt aus allgemeinen Grundsätzen. Die Zeit kann aber entweder ausdrücklich oder stillschweigend durch den Zweck (§. 1205) oder die Natur des Geschäftes, z. B. eines Meßgeschäftes, bestimmt seyn. Vor Verlauf der ausdrücklich oder stillschweigend bestimmten Zeit ist aber, außer den vom Gesetze eigens ausgezeichneten Fällen kein Mitglied aus der Gesellschaft zu treten berechtiget. — Ist aber die Zeit weder auf die eine noch auf die andere Art bestimmt; so kann jedes Mitglied, nach vorhergegangener Aufkündigung des Vertrages, nach Willkühr austreten. Doch darf dieser Austritt nicht zur Unzeit geschehen (§. 830). Hier ist besonders auf die bey Erläuterung des vorigen §. Nr. 1 u. 2 gemachten Bemerkungen zurückzusehen.

2) Die Aufkündigung darf auch nicht argliſtiger Weise geschehen. Argliſtig wäre aber die Aufkündigung dann zu nennen, wenn sie in der Absicht geschähe, ein der Gesellschaft sich anbie-

thendes Geschäft ausschließend sich zuzuwenden. Da sich jedes Mitglied bey Schließung des Gesellschaftsvertrages stillschweigend verbindlich gemacht hat, kein solches Geschäft zu unternehmen (§. 1186); so würde sich ein solches Mitglied, welches in dieser Absicht aus der Gesellschaft austreten, und ein solches Geschäft unternehmen würde, hierfür verantwortlich, und zur vollen Genugthuung verpflichtet seyn (§. 1324). Durch den beliebigen Austritt eines oder einiger Mitglieder wird aber die Verbindung der anderen nicht aufgehoben; sie dauert, wenn keine Aufkündigung erfolgt, bis zu ihrem Tode fort.

§. 1213.

Die Wirkungen einer zwar bestrittenen, aber in der Folge für rechtmäßig erklärten Ausschließung oder Aufkündigung werden auf den Tag, wo sie geschehen sind, zurückgezogen.

Daß dasjenige Mitglied, welches aus einem rechtmäßigen Grunde den Austritt aus der Gesellschaft begehret, so wie die Gesellschaft, welche aus einer im Gesetze gegründeten Ursache ein Mitglied von der Fortsetzung der Gesellschaft ausschließen will, im Falle des Widerspruches von der anderen Seite das wirkliche Vorhandenseyn dieses rechtmäßigen Grundes erweisen, daher im ordentlichen Rechtswege gegen den sich weigernden auftreten, und von dem ordentlichen Richter das Erkenntniß erwirken müsse, daß die übrigen Gesellschaftsglieder den Austritt zu gestatten schuldig sind, oder das einzelne Mitglied sich die Ausschließung gefallen lassen müsse, liegt in der Natur der Sache. — Da aber der richterliche Ausspruch dem auszutreten entschlossenen Mitgliede oder der Gesellschaft, welche das Mitglied aus der Gesellschaft ausschließt, nicht erst hierzu das Recht ertheilt, sondern dasselbe mit dem Entstehen des rechtmäßigen Grundes schon vorhanden ist, und durch den abgeführten Rechtsstreit nur die Liquidität dieses Rechtes hergestellt wird; so ist es in der Natur der Sache gegründet, daß die Wirkungen der in der Folge für rechtmäßig erklärten Aufkündigung oder Ausschließung nicht erst von dem Zeitpuncte des rechtskräftigen Erkennt-

nisses, sondern schon von dem Tage, an welchem der Austritt, oder die Ausschließung dem anderen Theile angekündet worden ist, anfangen müssen. Es hat also ein Gesellschafter von dem Augenblicke an, als ihm von Seite der Gesellschaft die Ausschließung bekannt gemacht worden ist, ungeachtet seines Widerspruches, auf den aus erst nach der Hand unternommenen Gesellschaftsgeschäften entspringenden Gewinn keinen Anspruch zu machen, dagegen aber auch den hieraus entspringenden Nachtheil nicht mit zu verantworten; und eben so nimmt auch ein Mitglied, sobald es die Verbindung rechtmäßig aufgekündet hat, an den später unternommenen Societäts-Geschäften, und dem daraus entstandenen Gewinne oder Schaden keinen Theil. Eine für unstatthaft erkannte Ausschließung oder Aufkündung, ist sowohl in Rücksicht der Vertheilung des Gewinnes, als des Verlustes, welcher inzwischen bey den gesellschaftlichen Geschäften entstanden ist, als nicht geschehen zu betrachten.

§. 1214.

Die Aufhebung einer Handlungsgesellschaft; die Aufnahme und der Austritt ihrer öffentlichen Mitglieder, muß eben so, wie die Errichtung, öffentlich bekannt gemacht werden. Aus dieser Bekanntmachung wird auch die Kraft und die Dauer der Vollmachten beurtheilt.

1) Die gänzliche Auflösung einer Erwerbsgesellschaft, so wie auch der Austritt, oder die Aufnahme einzelner Mitglieder kann redlich handelnden Gläubigern oder Schuldnern der Gesellschaft, welche davon Kenntniß zu nehmen nicht verpflichtet waren, selbst im Falle der bereits vorgenommenen Theilung des Hauptstammes zu keinem Abbruche an ihren Rechten gereichen. — Indessen kann es doch die Vorsicht der Gesellschafter fordern, die Gläubiger und Schuldner der Gesellschaft, oder wohl auch das Publikum davon zu benachrichtigen, und die angemessenen Vorkehrungen zum Schutze ihrer Rechte zu treffen [1]).

1) Siehe v. Zeiller's Commentar Nr. 1. und meine Erläuterung der §§. 847 u. 848.

2) In Ansehung der Handelsgesellschaften, die durch den Einfluß des Handlungs-Credites auf den öffentlichen, mit dem Staate in näherer Verbindung stehen, sind folgende Eigenthümlichkeiten zu bemerken: — Ist der Societäts-Contract bey dem Merkantil-Gerichte protocollirt, so bewirkt der Eintritt eines solchen Ereignisses, durch welches nach Anordnung der bürgerlichen Gesetze Erwerbsgesellschaften aufgelöset werden, bey Handlungsgesellschaften nur die Erlöschung der inneren Gesellschaftsrechte; denn gegen Fremde gibt es nur Eine Art, wie die bey der Merkantil-Behörde protocollirte Handlungsgesellschaft aufgehoben werden kann, welche in der Löschung des Societäts-Contractes aus dem Merkantil-Protocolle besteht. — So lange nun die Mitglieder diese Löschung nicht begehrt haben, wird die Gesellschaft gegen Nichtmitglieder als bestehend angenommen, ohne Rücksicht, ob der Gesellschaftsvertrag auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geschlossen worden, und im ersteren Falle der festgesetzte Zeitraum schon abgelaufen ist oder nicht [1]). Ist die Errichtung einer Handelsgesellschaft kund gemacht worden, so muß nach Vorschrift des gegenwärtigen §. auch die Aufhebung derselben auf dieselbe Art bekannt gemacht werden. — Die Nothwendigkeit dieser Kundmachung tritt insbesondere ein: a) wenn ein öffentlicher Gesellschafter austritt; b) wenn der austretende Gesellschafter das Recht hatte, die Firma zu führen, und c) wenn wegen dem Austritte eines Gesellschafters oder der gänzlichen Auflösung der Societät die Firma geändert werden muß [2]).

§. 1215.

Theilung des gesellschaftlichen Vermögens.

Bey der nach Auflösung einer Gesellschaft vorzunehmenden Theilung des gesellschaftlichen Vermögens sind nebst den obigen Bestimmungen, die nähmlichen Vorschriften zu beobachten, welche in dem Hauptstücke von der Gemeinschaft des

1) Falliten-Ordnung vom 18. Aug. 1734; I. Abth., §. 2., Nr. 7 — 9.
2) Siehe Dr. Fischers Lehrbuch des österr. Handelsrechts, §. 112.

Eigenthums über die Theilung einer gemeinschaftlichen Sache überhaupt aufgestellt worden sind.

1) Die wesentliche Folge einer gänzlich aufgehobenen Erwerbsgemeinschaft ist die Theilung des Hauptstammes. Ist in dem Gesellschaftsvertrage nicht schon für diesen Fall der Auflösung der Gesellschaft Vorsorge getroffen, und darin bestimmt worden, wie es nach Aufhebung der Gesellschaft mit der Vertheilung des Hauptstammes gehalten werden soll; so haben die Theilnehmer über die Art und Weise der Auflösung die Schließung eines neuerlichen Vertrages zu versuchen. Kommt derselbe nicht zu Stande, so ist sich nach §. 841 dabey zu benehmen, wobey jedoch folgende Grundsätze zur Richtschnure dienen.

2) Der Hauptstamm ist in der Regel ein Eigenthum derjenigen, welche dazu beygetragen haben, und zwar nach Verhältniß ihrer Beyträge. Haben einige Mitglieder Beyträge an unverbrauchbaren Sachen geliefert, und sich das Eigenthum derselben vorbehalten; so müssen ihnen diese Sachen lediglich in Natur zurückgestellt werden, und sie sind daher von dem gemeinschaftlichen Vermögen auszuscheiden. — Ein Gesellschafter, der bloß arbeitete, hat auf den Hauptstamm keinen Anspruch; es wäre denn, daß der Werth seiner Arbeit im Gesellschaftsvertrage als ein Capital angeschlagen, und alles als ein gemeinschaftliches Gut erklärt worden wäre (§. 1192). In diesem Falle gebührt ihm am Hauptstamme jener Antheil, den ihm der Vertrag zuweiset, und wenn dieser hierüber nichts bestimmt, und die Antheile der übrigen Gesellschafter unter sich gleich sind, mit ihnen ein gleicher (§. 839), sonst ein solcher Antheil, der dem Antheile desjenigen gleich ist, welcher den mindesten Capitalsbeytrag geleistet hat [1]). Wie die Theilung der Sachen zu geschehen habe, ist in den §§. 842 — 846 enthalten.

3) Nach Aufhebung einer Handelsgesellschaft verbleibt das Handlungsbefugniß demjenigen Mitgliede, welchem es vor Eingehung desselben zustand, und es kann, wenn es ein persönliches ist, nicht einmahl in dem über die Auflösung der Gesell-

1) Nach der Analogie des §. 553. Siehe das citirte Lehrbuch des Herrn Prof. Fischer. §. 113.

schaft zu schließenden Vertrage die Abtretung desselben bedungen werden. Hierbey bleibt es auch in dem Falle, wenn ein öffentlicher Gesellschafter nach geliefertem Ausweise über seine erworbenen Handlungskenntnisse und die übrigen zum Selbstbesitze einer Handlung nothwendigen Eigenschaften, und nach ausgewiesenem Handlungsfonde dem Handlungs-Gremium einverleibt worden ist [1]); denn durch diese Einverleibung erhielt er weder die Eigenschaft eines Handelsmannes, noch einen Anspruch auf die Handelsgerechtigkeit desjenigen, mit dem er in Gesellschaft getreten ist [2]).

4) Führt der Besitzer des Handlungsbefugnisses die Handlung nach aufgelöster Gesellschaft fort; so darf er in der Regel die während der Dauer derselben gebrauchte Firma nicht beybehalten. Sollte jedoch die Handlung durch die Auflösung der Societät weder an der Verläßlichkeit der Direction, noch an der Stärke des Fondes etwas verloren haben; so kann dem Handlungsbesitzer die Beybehaltung der alten, mit dem Beysatze: „und Compagnie" geführten Firma auch nach aufgehobener Societät bewilliget werden; nur muß in diesem Falle sowohl in den abzusendenden Circularien an die Handlungsfreunde, durch welche ihnen die Auflösung der Gesellschaft bekannt gemacht wird, als auch in dem Merkantil-Protocolle ausdrücklich angeführt werden, daß die Handlung unter dem alleinigen Obligo des Handlungsbesitzers fortgeführet werde [3]).

§. 1216.

Die in diesem Hauptstücke enthaltenen Anordnungen sind auch auf die Handlungsgesellschaften anzuwenden, in so fern hierüber nicht besondere Vorschriften bestehen.

Die Abweichungen der Handlungsgesellschaften, welche bisher nur in verschiedenen besonderen Gesetzen vorkommen, bis der Handelscodex zu Stande gebracht seyn wird, sind bereits an den zukömmlichen Orten hier angedeutet worden.

1) Siehe Hofresolution vom 10. Oct. 1774 und Hofkammerdec. vom 15. März 1803.
2) Siehe obiges Lehrbuch §. 114.
3) Hofkammerdec. vom 20. April 1813.

Acht und zwanzigstes Hauptstück.

Von den Ehepacten.

§. 1217.

Ehepacte.

Ehepacte heißen diejenigen Verträge, welche in Absicht auf die eheliche Verbindung über das Vermögen geschlossen werden, und haben vorzüglich das Heirathsgut; die Widerlage; Morgengabe; die Gütergemeinschaft; Verwaltung und Fruchtnießung des eigenen Vermögens; die Erbfolge oder die auf den Todesfall bestimmte lebenslange Fruchtnießung des Vermögens, und den Witwengehalt zum Gegenstande.

1) Ehevertrag und Ehepactum sind nach dem hier aufgestellten Begriffe des letzteren wesentlich verschiedene Rechts-Institute. Sie unterscheiden sich in Hinsicht auf Zweck und Gegenstand, auf ihren Umfang in Betreff der Festigkeit und Unabänderlichkeit ihrer Bestimmungen, und in Betreff der bey der Schließung derselben zu beobachtenden Form. Eheverträge haben die persönliche Vereinigung der Ehegatten zum Zwecke und ihre persönlichen Rechte und Pflichten zum Gegenstande; Ehepacte hingegen beziehen sich bloß auf das Vermögen der Ehegatten, und nur die Bestimmung, wie es mit ihrem Vermögen während der Ehe oder nach Auflösung derselben gehalten werden soll, machen den Gegenstand derselben aus. Eheverträge haben einen sehr beschränkten durch das Gesetz genau bezeichneten Umfang, nähmlich die Erzeugung und Erziehung der Kinder und die Leistung des gegenseitigen Beystandes (§. 44). Alle Privatabsichten, welche die Ehegatten bey Eingehung der Ehe beziehen mögen, werden von dem Gesetze nicht geachtet, und haben auf die aus dem Ehevertrage hervorgehenden Rechte und Verbindlichkei-

ten gar keinen Einfluß; dagegen hängt der Umfang der Ehepacte fast einzig von der Willkühr der den Vertrag schließenden Parteyen ab, und es kömmt einzig auf sie an, welche Rechte und Verbindlichkeiten sie in Betreff ihres Vermögens einander einräumen wollen. Eheverträge sind so fest und unabänderlich, daß sie selbst mit dem beyderseitigen Willen der Ehegatten der Regel nach nicht mehr aufgehoben werden können, und die aus ihnen hervorgehenden Rechte und Verbindlichkeiten sind dergestalt gesetzlich bestimmt, daß sie denselben durch Vertrag nicht derogiren können; Ehepacte hingegen können durch den Willen der dabey interessirten Personen abgeändert und ganz aufgehoben werden, auch sind die Ehegatten nicht gehindert, selbst manchen von dem Gesetze hierin festgesetzten Bestimmungen durch Verträge zu derogiren. Endlich wird zur Gültigkeit des Ehevertrages auch eine bestimmte äußere Form erfordert, nähmlich die Erklärung der Einwilligung vor dem ordentlichen Seelsorger eines der beyden Brautleute oder vor dessen Stellvertreter in Gegenwart zweyer Zeugen; dagegen ist bey Schließung eines Ehepactums der Regel nach gar keine besondere Form vorgeschrieben.

2) Die Ehepacte können vor geschlossener Ehe nicht zu verbinden anfangen, weil sie dem hier aufgestellten Begriffe gemäß nur in Bezug auf die eheliche Verbindung geschlossen werden. Da aber diese eheliche Verbindung durch die feyerliche Erklärung der Einwilligung vor dem ordentlichen Seelsorger eines der beyden Brautleute in Gegenwart zweyer Zeugen schon zu Stande kömmt; so folgt daraus, daß die Ehepacte, wenn die Ehegatten nichts besonderes hierüber festgesetzt haben, sogleich nach geschehener feyerlichen Erklärung der Einwilligung zu verpflichten anfangen, und ihre Wirksamkeit nicht nach dem Zeitpuncte der bereits vollzogenen Ehe ausgedehnt werden könne. — Haben aber die Ehegatten die Wirksamkeit ihrer geschlossenen Ehepacten ausdrücklich bis zu diesem Zeitpuncte aufgeschoben, oder überhaupt einen gewissen Zeitpunct bestimmt, von welchem an dieselben zu wirken anfangen sollen; so hat es auch dabey sein Bewenden, weil es von den Ehegatten überhaupt abhängt, ob sie Ehepacte errichten wollen oder nicht, und

ihnen daher auch freygestellt bleiben muß, die Wirksamkeit derselben von gewissen Bedingungen abhängig zu machen.

3) Die Ehepacte erfordern in der Regel, wie bereits Nr. 1. bemerkt worden ist, wenn darin von einer künftigen Erbfolge keine Erwähnung geschieht, keine besonderen Feyerlichkeiten. Sie können, wie jeder andere Vertrag, schriftlich oder mündlich, mit oder ohne Zeugen, vor Gericht oder außerhalb desselben geschlossen werden. Haben sich aber die Brautleute ausdrücklich verabredet, einen schriftlichen Vertrag zu errichten; so wird er vor Unterschrift der Parteyen nicht für geschlossen gehalten (§§. 883 u. 884). Indessen ist es allgemeine Gewohnheit und räthlich, daß Ehepacte schriftlich errichtet, und nicht nur von den Contrahenten selbst, sondern auch von den sogenannten Beyständen der Eheleute als Zeugen gefertiget werden. Daß in dem Falle, als in den Ehepacten einen oder dem andern Theile dingliche Rechte auf unbewegliche Sachen eingeräumt werden sollen, die Vorschriften der §§. 433 u. 434 zu befolgen sind, versteht sich von selbst.

4) Die Einwilligung einer dritten Person ist nur dann erforderlich, wenn eines oder das andere der Brautleute noch unter der Aufsicht seiner Aeltern, seines Vormundes oder Curators steht, oder wenn eine dritte Person zugleich aus dem Ehepactum gewisse Pflichten übernehmen oder derselben Rechte eingeräumt werden sollen, auf welche sie ein Zwangsrecht haben soll. So wird öfters der Consens des Lehensherrn oder der Agnaten erfordert, wenn dadurch ihren Rechten auf das Lehen oder Fideicommiß präjudicirt werden soll; so der Consens der Aeltern selbst bey Großjährigen, wenn selbe durch die Ehepacten von der künftigen Erfolge ausgeschlossen werden sollen; so der Consens eines Dritten, wenn er sich zu einem Heirathsgute verbindlich machen soll, dessen Bestimmung ihm nicht schon vermög dem Gesetze obliegt; so auch der Consens desjenigen, dem durch die Ehepacte Vortheile zugestanden werden, wenn er die Ehegatten in die Lage versetzen will, diese ihm zugewendeten Vortheile nicht mehr widerrufen zu können. Insbesondere aber ist zur Verhinderung der Fallimente und zur Sicherheit der Gläubiger bey Ehepacten der Handelsleute vorgeschrieben, daß: a) wenn ein bereits stabilirter Han-

delsmann sich verehelichen will, die gepflogene Heirathsabrede dem Merkantil-Gerichte und zwar bey Verlust des Vorrechts zur gehörigen Approbation, oder gutfindenden Mäßigung vorgelegt werden solle, wobey das Gericht zuerst auf die Sicherheit des Negoces zu sehen hat, und die etwa zu hoch gespannten Sprüche dergestalt einzuschränken habe, damit der Handlungsfundus dadurch nicht geschwächt, und die treuherzigen Creditores sich einer zu ihrem Nachtheile, etwa zu Gunsten des Weibes fürgegangenen excessirten Freygebigkeit nicht zu beklagen haben. b) Wenn hingegen ein Handlungswerber schon verehelicht ist, so soll dessen Weib vor das Merkantil-Gericht gefordert, die Ehepacte allda untersucht, und das Weib, wo möglich, dahin vermöget werden, daß sie entweder außer dem Negotio ihre Sicherheit nehme, oder aber einen Theil ihres Vermögens als Socia auf Gewinn und Verlust in die Handlung lege, mithin einen schriftlichen Revers von sich stelle, daß sie ihre obschon privilegirte Heirathsansprüche bey der Handlung so lange nicht fordern wolle, bis nicht gesammte Handlungsgläubiger vollkommen befriedigt sind. Wollte das Weib hierein nicht willigen, sondern sich mit ihren weiblichen Sprüchen an das Negotium halten und anderen Heiraths-Creditoren vorgehen; so wäre das also afficirte Vermögen für keinen richtigen Fundum zu achten, noch bey dem Merkantil-Gerichte als eine Real-Einlage anzunehmen, außer es könnte der Handlungswerber zeigen, daß er über die freye und unafficirt gegebene Einlage noch andere Mittel besitze, und damit sein anzugehendes Negotium mehr zu unterstützen gedenke. In solchem Falle möge nach Maß solcher Mittel, die er ultra dotem negotii in die Handlung wendet, dem Weibe einige Priorität vor anderen Creditoren etiam negotii zugestanden werden; jedoch anders nicht, als wenn dasselbe außer dem zugebrachten Heirathsgute keine anderen Mittel zu seiner witiblichen Versorgung hätte, und das Merkantil-Gericht befände, daß gedachtes Heirathsgut und die etwa vorgeschriebene Widerlage mit den Kräften des Negotii proportionirt, folglich den Handlungs-Creditoren kein besonderer Nachtheil daraus zu befürchten sey. Widrigens sollen derley excessirte Ehepacte entweder mit

Einstimmung des Weibes nach billigen Dingen moderirt, oder aber der Mann zur Handlung nicht angenommen werden [1]).

5) Der §. führt hier übrigens die vorzüglichsten Gegenstände, welche bey Errichtung von Ehepacten zur Sprache zu kommen pflegen, hier insbesondere auf, und mit den nachfolgenden §§. werden die gesetzlichen Bestimmungen besonders angeführt.

§. 1218.

1) Heirathsgut.

Unter Heirathsgut versteht man dasjenige Vermögen, welches von der Ehegattin, oder für sie von einem Dritten dem Manne zur Erleichterung des mit der ehelichen Gesellschaft verbundenen Aufwandes übergeben oder zugesichert wird.

1) Das Heirathsgut, welches im gemeinen Leben auch öfters unter dem Nahmen: Brautschatz, Erbschatz, seltener aber als Aussteuer, Haussteuer, Mitgabe vorkömmt, welche letztere Benennungen gewöhnlich von Kleidungs- und Einrichtungsstücken gebraucht werden, unterscheidet sich von andern Gaben und Bedingungen unter Ehegatten theils dadurch, daß es einzig von der Ehegattinn, der Braut, oder in ihrem Nahmen gegeben; theils durch den Zweck, wozu es gegeben oder zugesichert wird. Im gewöhn-

1) Falliten-Ordnung vom 18. August 1734, §. 12, 13, 14. Das Wechselpatent hat die Vorschrift der Falliten-Ordnung ausdrücklich bestätigt, und daher verordnet, daß die Eheweiber der Handelsleute sich ihrer privilegirten Forderungen zu begeben, und von dem Merkantil-Gerichte ermahnet, und von demselben die excessirten Ehepacte moderiret werden sollen. Das Patent vom 9. April 1782 hat auch eben so wenig, wie das neue bürgerliche Gesetzbuch diese Maßregel aufgehoben, sondern vielmehr befohlen, daß die in den Erbländern bestehenden Wechselgesetze und Rechte aufrecht zu verbleiben, und sich daher genauest gegenwärtig zu halten seyn. Eben so wenig läßt sich behaupten, daß durch die Aufhebung des gesetzlichen Unterpfands, das den Weibern zukam, jene Reverse der Handlungsweiber und die Untersuchung und Bestätigung der Moderirung ihrer Ehepacte aufgehoben wurden und unanwendbar gemacht worden seyn; denn auch bey dem Pfandrechte der Weiber muß jene Verordnung der Falliten-Ordnung im Gesichte behalten werden, und überdieß genießen die Weiber das persönliche Vorzugsrecht in Ansehung des Heirathsgutes und der Wiederlage vor den Gemeingläubigern, und die Beobachtung der Falliten-Ordnung gewährt also hier noch immer einen wesentlichen Vortheil, der den Gläubigern nicht entzogen werden kann (Wechselpat. vom 1. Oct. 1763. Art. VII).

lichen Leben wird zwar oft auch von dem Heirathsgute, welches der Bräutigam seiner Braut zubringt, gesprochen, allein diese Benennung ist wenigstens dem Sprachgebrauche des Gesetzes nicht angemessen; es können daher die in Betreff des Heirathsgutes festgesetzten gesetzlichen Bestimmungen auf selbes nicht bezogen werden.

2) Es entsteht daher die Frage, wie ein so betiteltes von dem Manne seiner Gattinn zugebrachtes Heirathsgut in rechtlicher Hinsicht angesehen werden soll? — Ich glaube, daß sich im Allgemeinen hierüber keine Bestimmungen geben lassen, sondern die Beantwortung dieser Frage in jedem speziellen Falle aus der genauen Ansicht der Ehepacten selbst, und aus dem in selben an Tag gelegten Willen der Parteyen nach den in den §§. 914 — 916 aufgestellten Auslegungsregeln bey Verträgen hergehohlt werden müsse [1]).

§. 1219.

Dessen Bestellung.

Wenn die Braut eigenes Vermögen besitzt, und volljährig ist; so hängt es von ihr und dem Bräutigame ab, wie sie sich wegen des Heirathsgutes, und wegen anderer wechselseitigen Gaben mit einander verstehen wollen. Ist aber die Braut noch minderjährig; so muß der Vertrag von dem Vater oder Vormunde, mit Genehmigung des vormundschaftlichen Gerichtes, geschlossen werden.

1) So wie überhaupt die Errichtung von Ehepacten bey Eingehung einer Ehe nicht wesentlich nothwendig ist, so ist insbesondere die Bestellung eines Heirathsgutes keine nothwendige Folge oder Bedingung der Verehelichung. Unter minder Vermögenden werden oft Ehen ohne Heirathsgut geschlossen; bey den Ehen der Vermögenderen ist zwar ein solches gewöhnlich; jedoch streitet selbst wider eine vermögende Gattinn nicht einmahl

1) Man sehe meine Darstellung der Rechte der Ehegatten in Bezug auf ihr Vermögen. §. 40.

die rechtliche Vermuthung, daß ein Heirathsgut bedungen worden sey (§. 1225).

2) Die Bestellung des Heirathsgutes setzt also allezeit einen Vertrag voraus, auf welchen sich dieselbe gründet. — Ist der Bräutigam bereits großjährig, so hängt es von seiner Willkühr ab, ob er sich ein Heirathsgut bedingen wolle oder nicht, da er auf die Vortheile, die ihm dadurch zuwachsen würden, Verzicht leisten kann. Eben so hängt es auch von ihm ab, zu bestimmen, wie hoch das Heirathsgut sich belaufen soll, welches er verlangt. Würde seinem Verlangen von der andern Seite nicht entsprochen, so müßte er sich entweder mit einem minderen Betrage begnügen, oder die Verehelichung unterlassen. Ist derselbe aber noch minderjährig, so hat der Vater oder Vormund für seinen Vortheil zu sorgen, und für denselben ein solches Heirathsgut zu bewirken, welches den Umständen angemessen ist, da derselbe ohnehin der Regel nach zur Errichtung eines Heirathsbriefes anzuweisen ist. Damit diese nun in allen, folglich auch in den in Betreff des Heirathsgutes darin enthaltenen Puncten seine gesetzliche Rechtsgültigkeit erhalten; so muß er durch die Obervormundschaft genehmiget seyn, und diese ist angewiesen, bey der Verehelichung eines Waisen auch auf die Verhältnisse des Vermögens ihre Aufmerksamkeit zu richten.

3) Ist die Braut großjährig und hat eigenes Vermögen; so beruhet es gleichfalls auf ihrem Willen, ob, was und wie viel sie von demselben auf das Heirathsgut, das der Bräutigam oder dessen Aeltern oder Vormünder begehren oder bestellen, verwenden, oder ob sie sich zu keinem Heirathsgute verstehen, und diesem vielleicht ihre eheliche Verbindung aufopfern wolle.

4) Ist hingegen die Braut noch minderjährig, und steht sohin unter väterlicher oder vormundschaftlicher Gewalt oder Curatel; so hat der Vater, Vormund oder Curator mit dem Bräutigame in Betreff des Heirathsgutes in der Braut Nahmen den Vertrag abzuschließen, und im selben den Betrag, der als Heirathsgut aus ihrem Vermögen gegeben werden sollte, zu bestimmen, bey dieser Bestimmung sowohl auf das Vermögen seiner Curandinn als auf die Beschaffenheit der Heirath Rücksicht zu nehmen,

und dann den geschlossenen Vertrag dem vormundschaftlichen Gerichte zur Ratification vorzulegen.

§. 1220.

Besitzt die Braut kein eigenes, zu einem angemessenen Heirathsgute hinlängliches Vermögen; so sind Aeltern oder Großältern nach der Ordnung, als sie die Kinder zu ernähren und zu versorgen verpflichtet sind, verbunden, den Töchtern oder Enkelinnen bey deren Verehelichung ein ihrem Stande und Vermögen angemessenes Heirathsgut zu geben, oder dazu verhältnißmäßig beyzutragen (§§. 141 u. 143). Eine uneheliche Tochter kann nur von ihrer Mutter ein Heirathsgut verlangen.

1) Der Anordnung dieses §. zufolge ist also zuerst der Vater, und wenn dieser verstorben, oder zur Bestellung eines angemessenen Heirathsgutes entweder ganz oder zum Theile unvermögend ist, ergänzungsweise die Mutter, dann der väterliche Großvater, und zunächst die väterliche Großmutter, und endlich die mütterlichen Großältern zur Bestellung des Heirathsguts verbunden (§. 141). Diese Pflicht der Aeltern erstreckt sich unstreitig auch auf die durch Hebung des Ehehindernisses, oder schuldlose Unwissenheit der Ehegatten und auf die durch die nachfolgende Ehe legitimirten Kinder dergestalt, daß hierzu auch die Großältern verbunden sind, weil diese Kinder unter die ehelich erzeugten gerechnet werden (§§. 160 u. 161). Die durch Begünstigung des Landesfürsten legitimirten Kinder aber können nur von ihren unmittelbaren Aeltern, nicht aber auch von den Großältern ein Heirathsgut verlangen, weil diese Begünstigung nur auf erstere, wenn sie darum ansuchen, nicht aber auch auf die übrigen Familienglieder eine Wirkung hat (§. 162). Eine uneheliche Tochter kann von ihrer Mutter ein dem Vermögen (nicht auch dem Stande §. 165) angemessenes Heirathsgut fordern; der Vater desselben ist aber hierzu nicht verbunden, noch

minder liegt diese Pflicht den Aeltern des unehelichen Vaters oder der unehelichen Mutter ob. Hier entsteht die Frage, ob die Wahläitern ihrem Wahlkinde ein Heirathsgut auszuwerfen gehalten sind? Da der §. 183 ausdrücklich sagt, daß zwischen Wahläitern und Wahlkindern, in so fern das Gesetz keine Ausnahme macht, gleiche Rechte, wie zwischen ehelichen Aeltern und Kindern Statt haben; so kann die bejahende Beantwortung dieser Frage keinem Anstande unterliegen. Da aber das Wahlkind durch den Adoptions-Vertrag die Rechte seiner eigenen Familie nicht verliert; so hat selbes auch von seinen leiblichen Aeltern und Großältern nach der oben angedeuteten Ordnung ein Heirathsgut zu fordern. Das Wahlkind besitzt ein zweyfaches Erbrecht, ist auch den Pflichttheil von beyden Seiten anzusprechen berechtiget, warum soll es nicht berechtiget und befugt seyn, von beyden Seiten ein Heirathsgut zu fordern? — Hat jedoch die Tochter bereits von einer Seite ein angemessenes Heirathsgut erhalten, so scheint sie keineswegs das Recht zu haben, auch von der andern Seite ein gleiches in Anspruch nehmen zu dürfen; denn hätte sie ein eigenes zur Bestellung eines Heirathsgutes hinreichendes Vermögen; so dürfte sie von keiner Seite ein Heirathsgut ansprechen; sie kann es also auch nicht, wenn ihr bereits von einer Seite ein angemessenes Heirathsgut gegeben worden ist, sondern es steht ihr nur die Wahl frey, ob sie das Heirathsgut von ihren leiblichen oder von ihren Wahläitern in Anspruch nehmen wolle, und im Falle sie von der einen Seite kein angemessenes Heirathsgut erhalten hätte, kann sie sich von der anderen das Mangelnde ersetzen lassen.

2) Die Angemessenheit des Heirathsgutes ist hauptsächlich nach dem Stande und Vermögen der Aeltern zu bestimmen. Aber auch auf den Stand und Vermögens-Verhältnisse des Bräutigams ist Rücksicht zu nehmen, weil der Zweck des Heirathsgutes die Erleichterung des mit der Ehe verbundenen Aufwandes ist, aus dem Stande des Bräutigams sich aber auch die Größe des zu machenden Aufwandes bestimmt, und die Vermögens-Verhältnisse desselben bald eine größere, bald eine kleinere Beyhülfe nöthig machen. Hierbey ist jedoch zu bemerken, daß die

Berücksichtigung der Standes- und Vermögens-Verhältnisse des Bräutigams gerade die entgegengesetzten Resultate herbeyführe, als die Berücksichtigung der Standes- und Vermögens-Verhältnisse der Aeltern der Braut. Hier kann man nähmlich die Regel aufstellen: je größer das Vermögen, und je geringer der Stand, ein desto größeres Heirathsgut sind die Aeltern zu geben verpflichtet; dagegen je größer das Vermögen des Bräutigams und je geringer sein Stand ist, desto weniger hat die Braut als Heirathsgut anzusprechen. Diese letzte Behauptung kann keinem Zweifel unterliegen, da, wie bereis bemerkt worden ist, die Größe des zu machenden Aufwandes aus dem Stande des Bräutigams sich bestimmt, und zur Unterstützung der erstern dienet die Bemerkung, daß die Gattinn durch ihre Verehelichung die Vorzüge ihrer Geburt verliere und lediglich die Standesrechte ihres Mannes erlange (§. 92), und sohin kein gesetzlicher Grund vorhanden sey, daß wegen den Vorzügen ihrer Geburt der häusliche Aufwand sich vergrößere. Dagegen ist der Graf oder Präsident genöthigt, einen ungleich größeren Aufwand zu machen, als der Gewerbsmann, er kann also von seinem Vermögen viel weniger entbehren als der letztere, und kann sohin auch nicht verpflichtet werden einen eben so großen Betrag als Heirathsgut herzugeben [1]).

3) Die Pflicht der Aeltern und Großältern, ihren Töchtern und Enkelinnen ein angemessenes Heirathsgut zu geben, oder das zu einem angemessenen Heirathsgute Mangelnde zu ergänzen, tritt erst bey einer bevorstehenden Verehelichung ein. Es kann daher vorher von den Kindern oder ihren Vertretern nicht einmahl eine Sicherstellung desselben gefordert werden. Daß übrigens der Verschwendung der Aeltern von denselben Einhalt gethan werden könne, und dadurch dieselben zur Sicherstellung bewogen werden können, unterliegt keinem Zweifel (§. 273).

4) Wenn von denjenigen, welche zur Bestellung eines Heirathsgutes verpflichtet sind, dasselbe außergerichtlich und freywillig bestellt wird; so hängt es von ihrer Willkühr ab, was und wie viel sie dazu bestimmen wollen. Findet sich aber die Toch-

1) Anderer Meinung ist jedoch v. Scheidlein in seinen Miscellen 3. H. S. 15.

ter durch diese Bestimmung beschwert, und können die Parteyen unter sich nicht einig werden, weil jene ein zu geringes, und mit der Anständigkeit nicht übereinstimmendes Heirathsgut geben, die Brautleute hingegen sich damit nicht begnügen wollen; so muß die Sache gerichtlich entschieden werden. Eben diese gerichtliche Entscheidung wird auch dann nothwendig, wenn derjenige, welcher zur Bestellung des Heirathsgutes verpflichtet ist, dasselbe gänzlich verweigert.

§. 1221.

Berufen sich Aeltern oder Großältern auf ihr Unvermögen zur Bestellung eines anständigen Heirathsgutes; so soll auf Ansuchen der Brautpersonen das Gericht die Umstände, jedoch ohne strenge Erforschung des Vermögensstandes, untersuchen, und hiernach ein angemessenes Heirathsgut bestimmen, oder die Aeltern und Großältern davon freysprechen.

Von der Pflicht der Aeltern, ihren Töchtern ein Heirathsgut zu bestellen, führt das Gesetz auch in dem gegenwärtigen und den folgenden §§. drey Ausnahmen an. Der erste im gegenwärtigen §. berührte Ausnahmsfall ist, wenn die Aeltern unvermögend sind ein Heirathsgut zu bestellen. Es ist ganz natürlich, daß der bloßen Vorgabe derselben, sie seyen zur Bestellung eines Heirathsgutes unvermögend, kein Glauben beygemessen werden könne; das Gericht hat daher in einem solchen Falle auf Ansuchen der Brautpersonen die Umstände zu untersuchen, und wenn es findet, daß wahrscheinlich nur Habgier, parteiliche Vorliebe gegen andere Angehörige, oder ungegründete Abneigung gegen das Kind, oder gegen die Verehelichung die Triebfedern der Weigerung sind; so hat dasselbe auf die Bestellung eines angemessenen Heirathsgutes zu dringen, und nöthigenfalls nach Beschaffenheit der Umstände den Betrag desselben zu bestimmen. — Jedoch hat diese Untersuchung der Umstände ohne strenge Erforschung des Vermögensstandes zu geschehen, und das Gericht hat sich daher mit Erforschung der

bekannten Vermögens-Verhältnisse zu begnügen. Findet das Gericht die Behauptung der Aeltern oder Großältern in Wahrheit gegründet, so hat selbes diese von der Pflicht der Bestellung eines Heirathsgutes frey zu sprechen. Die bekannten Umstände, aus welchen die Personal-Instanz die Vermögens-Verhältnisse der Aeltern beurtheilt, sind gewöhnlich die Lebensweise der Aeltern, der häusliche Aufwand, den sie machen, und der Ruf, in welchem sie in Betreff ihrer Vermögens-Verhältnisse stehen. Da aber diese Dinge oft trüglich sind, und daher das Gericht zu irrigen Schlüssen und wirklich oft ungerechten Erkenntnissen verführen können, und das Gesetz einer genauen Vermögens-Erforschung nur zum Besten der Aeltern nicht Statt geben will; so glaube ich daraus folgern zu müssen: daß, wenn das Gericht durch die glänzende Außenseite von den Vermögens-Verhältnissen der Aeltern irre geführt, sie zu einem ganz unverhältnißmäßigen Heirathsgute verurtheilen würden, die Aeltern selbst allerdings berechtigt seyn, auf eine nähere Erforschung des Vermögensstandes zu dringen. Das Nähmliche ist der Fall, wenn die Aeltern sich zwar zur Bestellung eines Heirathsgutes im Allgemeinen herbeygelassen haben, aber der Betrag, den sie hierzu auswerfen, den Interessenten zu geringfügig erscheint.

§. 1222.

Wenn eine Tochter ohne Wissen, oder gegen den Willen ihrer Aeltern sich verehelichet hat, und das Gericht die Ursache der Mißbilligung gegründet findet; so sind die Aeltern selbst in dem Falle, daß sie in der Folge die Ehe genehmigen, nicht schuldig, ihr ein Heirathsgut zu geben.

1) Der Grund der hier angeführten Ausnahme von der Pflicht der Bestellung des Heirathsgutes liegt theils in Hintansetzung der kindlichen Ehrerbiethung und dem gekränkten älterlichen Ansehen, theils in der Hoffnung, die Kinder von leichtsinnigen, gewöhnlich unglücklichen Eheverbindungen dadurch wirksam abzuhalten.

2) Das Gesetz macht hier keinen Unterschied zwischen Aeltern, deren Einwilligung zur Gültigkeit der Ehe nothwendig, und jenen, deren Beystimmung hierzu nicht nöthig ist. Allein es liegt in der Natur der Sache, daß diese gesetzliche Vorschrift weit seltener bey den ersteren, als bey den letzteren eine Anwendung finden könne. — Denn wenn eine unter der väterlichen Gewalt stehende Tochter ohne Einwilligung des Vaters eine zugleich von dem Gerichte gemißbilligte Ehe schließt; so wäre diese Ehe ohnedieß ungültig, und es könnte von Bestellung eines Heirathsgutes keine Rede seyn. Indessen kann es sich auch hier ereignen, daß solche Aeltern in der Folge diese Ehe stillschweigend oder ausdrücklich genehmiget haben, durch welche Handlung für sie das Recht, die Ehe ungültig erklären zu lassen, verloren geht (§. 96), wodurch aber nicht auch zugleich die Pflicht wieder auflebt, ihrer Tochter ein Heirathsgut zu geben.

3) Der §. enthält ganz abgesonderte Fälle in sich, nähmlich: a) wenn eine Tochter ohne Wissen der Aeltern sich verehelichet, und b) wenn sie sich zwar mit ihrem Wissen verheirathet, aber die Aeltern die Heirath mißbilligen, und das Gericht die Ursachen der Mißbilligung gegründet findet. Der Grund dieser Verschiedenheit liegt nähmlich darin: die Achtung und Ehrerbiethung, welche auch großjährige Kinder ihren Aeltern zu bezeigen schuldig sind, erfordern, daß sie denselben von allen wichtigen Schritten in ihrem Leben Kenntniß geben, folglich auch in dem Falle, als sie sich verheirathen, und zwar in diesem Falle um so mehr, wenn sie von denselben eine Unterstützung in Anspruch nehmen wollen. Mit vollem Rechte bestraft also das Gesetz die Außerachtlassung der schuldigen Ehrerbiethung mit dem Verluste des anzusprechenden Heirathsgutes. Hat aber die Tochter ihre Aeltern von ihrer vorhabenden Verehelichung in Kenntniß gesetzt, und sich um ihre Zustimmung, die die Aeltern versagten, beworben; so hat sie den Pflichten der kindlichen Ehrfurcht entsprochen, und es muß daher lediglich darauf ankommen, ob die Ursache der Mißbilligung gegründet sey oder nicht, weil die Aeltern sonst ihr Ansehen zum Nachtheile der Tochter gebrauchen könnten. Werden daher die Ursachen der Mißbilligung nicht gegründet befunden, so verdient die Tochter,

welche sonst den kindlichen Pflichten nachgekommen ist, den Schutz der Gerichtsbehörden; im entgegengesetzten Falle dagegen können die Aeltern wohl nicht verhalten werden, ihrer Tochter zu einer ehelichen Verbindung eine Unterstützung zu reichen, welche sie zu mißbilligen gegründete Ursachen haben. Welche solche gegründete Ursachen sind, wurde bereits im §. 53 angegeben. Diese von mir entwickelte Ansicht ist jedoch nicht unbestritten; denn viele österreichische Rechtsgelehrte sind der Meinung, daß in dem Falle, als die großjährige Tochter ohne Wissen ihrer Aeltern sich verehelichet hat, es lediglich darauf ankomme, ob diese eine gegründete Ursache gehabt hätten, die Heirath zu mißbilligen oder nicht; sie beziehen daher den Zusatz: „und das Gericht die Ursache der Mißbilligung gegründet findet," auch auf den Fall, wenn die Tochter ohne Wissen der Aeltern sich verehelichet hat. Allein wäre diese Ansicht richtig, so stünden in diesem §. die Worte: ohne Wissen ganz überflüssig da, weil es in diesem Falle nur lediglich darauf ankommen würde, ob die Aeltern gegründete Ursachen haben, die Heirath zu mißbilligen oder nicht; und es daher ganz gleichgültig wäre, ob die Ehe ohne oder mit Wissen der Aeltern geschlossen worden sey.

§. 1223.

Hat eine Tochter ihr Heirathsgut schon erhalten, und es, obschon ohne ihr Verschulden, verloren; so ist sie nicht mehr, selbst nicht in dem Falle einer zweyten Ehe, berechtiget, ein neues zu fordern.

1) Der Grund dieser gesetzlichen Anordnung ist die bereits von den Aeltern erfüllte Versorgungspflicht. Selbst nicht in dem Falle einer zweyten Ehe ist die Tochter berechtiget, ein neues Heirathsgut zu fordern. Nur der nothwendige Unterhalt könnte einer hülflosen Tochter und ihrer Nachkommenschaft von vermögenden Aeltern nicht versagt werden (§§. 141, 143 u. 795).

2) Es entsteht hier die Frage, was Rechtens wäre, wenn die Aeltern bey Bestellung eines Heirathsgutes noch minder ver-

mögend gewesen wären, das Heirathsgut daher schmal ausgefallen wäre, bis zur zweyten Verehelichung der Tochter die Vermögensumstände der Aeltern sich aber bedeutend verbessert hätten? — Auch dieser Fall würde, meines Dafürhaltens, von der gegenwärtigen Anordnung des Gesetzes keine Ausnahme machen, weil in selber die Regel ausgesprochen ist, daß die Aeltern ihren Töchtern nur einmahl ein Heirathsgut zu geben schuldig sind; der Betrag dieses Heirathsgutes aber nach dem Stande und Vermögen der Aeltern, wie sie zur Zeit der Bestellung desselben bestehen, zu bestimmen ist. Haben nun die Aeltern bereits ein solches Heirathsgut gegeben, so haben sie ihre Pflicht vollständig erfüllt; und eine Tochter kann wegen der inzwischen eingetretenen Standesveränderung der Aeltern, oder der verbesserten Vermögens-Verhältnisse bey ihrer zweyten Verehelichung eben so wenig auf ein neues Heirathsgut Anspruch machen, als sie während ihrer ersten Ehe wegen diesen eingetretenen veränderten Umständen auf eine Vermehrung desselben zu dringen berechtiget ist. — Ein anderes zöge der Fall nach sich, wenn die Tochter gleich anfangs kein angemessenes Heirathsgut erhalten, und auf den Abgang nicht Verzicht geleistet hätte; denn in diesem Falle kann man nicht sagen, daß sie das ihr gebührende Heirathsgut bereits erhalten hätte.

3) Eine weitere Frage entsteht hier, ob die Aeltern nicht im Falle einer Eviction des Heirathsgutes von Seite eines Dritten dasselbe erstatten müssen? — Fällt den Aeltern hier eine dolose Handlung zur Last, d. i. haben sie gewußt, daß die der Braut als Heirathsgut übergebenen Sachen nicht ihr Eigenthum sind, sondern einem Dritten gehören; so kömmt es vor Allem darauf an, ob durch die Eviction derselben der noch verbleibende Theil des gegebenen Heirathsgutes als ein angemessenes Heirathsgut angesehen werden könne oder nicht. — Im ersten Falle sind die Aeltern bloß als Geschenkgeber in Ansehung dieser evinzirten Sachen anzusehen, und daher nur verbunden, der Tochter den Schaden zu vergüten, den sie dadurch erlitten zu haben erweisen kann (§. 945). Im letztern Falle sind die Aeltern allerdings verbunden, ihrer Tochter das Mangelnde zu ersetzen.

Dieses folgt aus der Lehre vom Schadenersatze, zu folge welcher Jedermann berechtiget ist, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern (§. 1275). In diesem Falle aber kann es nicht bloß als Zufall angesehen werden, daß die Tochter durch die Eviction mehrerer Gegenstände des Heirathsgutes einen Verlust erleide, sondern die Ursache liegt offenbar im Verschulden der Aeltern, daß sie ihr wissentlich solche Sachen als Heirathsgut übergeben, welche der Eviction ausgesetzt waren. Haben aber die Aeltern nicht gewußt, daß die als Heirathsgut übergebenen Sachen einem Dritten gehören; so kann ihnen kein Verschulden in der Auswahl beygerechnet werden, es ist daher auch die nachherige Eviction als ein bloßer Zufall anzusehen, der sich in dem Vermögen der Tochter oder nach Umständen in dem Vermögen ihres Gatten ereignet hat, und daher nach den in dem Hauptstücke von dem Rechte des Schadenersatzes aufgestellten Grundsätzen nicht ersetzt werden darf (§§. 1306 u. 1317). Aus dem Rechtsgrunde der Gewährleistung kann aber die Tochter ebenfalls keinen Anspruch machen, weil diese nach §. 922 nur in dem Falle Platz greift, wenn Jemand eine Sache auf eine entgeldliche Art einem Anderen überläßt [1]).

4) Es frägt sich hier, welche Verhandlung in dem Falle, als sich die Aeltern weigern, ihrer Tochter ein Heirathsgut zu geben, einzutreten habe, ob das gewöhnliche, gerichtsordnungsmäßige Verfahren, oder nicht, und ob in Gemäßheit des Ersteren ein ordentliches Urtheil, gegen welches die Appellation freysteht, zu schöpfen, oder bloß ein Bescheid, gegen welchen der Recurs offen steht, zu erlassen sey? — In dem Falle, als sich die Aeltern gegen die Abführung eines Heirathsgutes aus dem Grunde auflehnen, weil die Tochter ihr Heirathsgut bereits erhalten habe, kann gegen das gerichtsordnungsmäßige Verfahren gar kein Anstand obwalten; zweifelhafter scheinet dieses in den Fällen der §§. 1221 u. 1222 zu seyn. Allein es ist in dem Gesetze kein genügender Anhaltspunct für die Behauptung zu fin-

1) Auch nach römischem Rechte hat in diesem Falle keine Redotation Statt. Zimmermann im Civ. Archiv. 2. B. S. 301.

den, daß diese Arten Streitigkeiten von der allgemeinen Regel eine Ausnahme machen sollten [1]).

§. 1224.

Im Zweifel, ob das Heirathsgut von dem Vermögen der Aeltern oder der Braut ausgesetzt worden sey, wird das Letztere angenommen. Haben aber Aeltern das Heirathsgut ihrer minderjährigen Tochter ohne obervormundschaftliche Genehmigung bereits ausgezahlt; so wird vermuthet, daß es die Aeltern aus eigenem Vermögen gethan haben.

1) Den Aeltern einer vermögenden Braut steht es frey, ob sie das Heirathsgut aus ihrem eigenen, oder dem Vermögen der Braut bestellen wollen. — Haben sie sich bey der Bestellung hierüber nicht ausdrücklich und deutlich erklärt, so wird, weil man Schenkungen nicht vermuthet, das Letztere angenommen, und es liegt daher demjenigen, der das Erstere behauptet, der Beweis seiner Behauptung ob.

2) Diese Vermuthung wird aber nicht nur durch den Gegenbeweis, sondern in dem Falle, als die Aeltern das Heirathsgut ihrer minderjährigen Tochter ohne vormundschaftliche Genehmigung bereits ausgezahlt haben, durch die stärkere Vermuthung entkräftet, daß es die Aeltern aus eigenem Vermögen gethan haben. Diese letztere Vermuthung läßt zwar einen Gegenbeweis zu, doch bleiben die Aeltern der Gefahr ausgesetzt, ob das Heirathsgut in eben dem Betrage, in welchem es von ihnen dem Bräutigam gegeben oder zugesichert worden ist, werde bewilliget werden [2]).

---

1) Man sehe hierüber meine obenerwähnte Abhandlung §. 57, wo die gegentheilige Meinung des Herrn Reg. Rathes v. Scheidlem zu widerlegen versucht wird.

2) Siehe v. Zeiller's Commentar Nr. 2.

§. 1225.

Uebergabe.

Hat sich der Ehemann vor geschlossener Ehe kein Heirathsgut bedungen; so ist er auch keines zu fordern berechtiget. Die Uebergabe des bedungenen Heirathsgutes kann, wenn keine andere Zeit festgesetzt worden ist, gleich nach geschlossener Ehe begehret werden.

1) Bereits bey Erläuterung des §. 1219 N. 2. wurde bemerkt, daß die Bestellung des Heirathsgutes allzeit einen besonderen Vertrag voraussetze. Dieses geschieht zwar meistens schon vor geschlossener Ehe, doch kann das Heirathsgut auch während der Ehe erst bestimmt, oder das bereits schon anfangs bestimmte noch nachher vermehret werden. Indessen ist, nach Ausspruch des gegenwärtigen §., der Mann nicht befugt, diejenigen, welche zur Bestimmung eines Heirathsgutes verbunden sind, deßhalb zu belangen, wenn nicht schon vor geschlossener Ehe ein Heirathsgut bedungen worden ist. Eine Ausnahme würde jedoch der Fall machen, wenn sowohl die Einwilligung zur Ehe, als die Bestellung eines angemessenen Heirathsgutes ohne gegründete Ursache verweigert worden wäre (§. 1222).

2) In Ansehung der Zeit, wann das Heirathsgut erlegt werden soll und muß, ist zu unterscheiden, ob der Zeitpunct der Uebergabe bestimmt worden ist oder nicht. Im ersteren Falle muß natürlich der Zeitpunct abgewartet werden, im letzteren Falle kann die Uebergabe des bedungenen Heirathsgutes gleich nach abgeschlossener Ehe begehret werden. Nach Verlauf des Zeitpunctes, auf welchen die Uebergabe festgesetzt worden ist, kann der Mann nicht nur das Heirathsgut selbst, sondern auch die Interessen und Nutzungen fordern. Jene laufen zu 4 von 100 fl. von dem Tage, an welchem das Heirathsgut hätte erlegt werden sollen (§. 995). Ist kein Zeitpunct ausdrücklich festgesetzt worden, so fangen diese Interessen vom Tage der gerichtlichen oder außergerichtlichen Einmahnung zu laufen an. Vor geschlossener Ehe kann,

nach meiner Meinung, für keinen Fall die Uebergabe des Heirathsgutes gefordert werden, weil die Ehepacte selbst erst mit Schließung der Ehe ihre Kraft und Gültigkeit erlangen, folglich vor geschlossener Ehe noch kein gültiger Titel, die Uebergabe des Heirathsgutes zu fordern, vorhanden ist.

3) Das Heirathsgut kann auch unter gewissen Bedingungen zugesichert werden. Eine natürliche Bedingung desselben ist, daß die Bestellung desselben nur dann aufrecht bestehen könne, wenn die Heirath wirklich erfolgt, da sich ohne Heirath kein Heirathsgut denken läßt. Ueberdieß dürfen aber auch die Bedingungen, welche der Bestellung desselben beygefügt werden, nicht von der Art seyn, daß sie mit dem Begriffe oder Zwecke des Heirathsgutes im Widerspruche stehen. Würden dessen ungeachtet solche Bedingungen beygefügt, so wären sie, meines Dafürhaltens, zwar nicht ungültig, aber das so benannte Heirathsgut würde dann aufhören ein Heirathsgut im rechtlichen Sinne des Wortes zu seyn.

4) In Ansehung der Bedingungen ist jedoch ein Unterschied zu machen, ob das Heirathsgut von solchen Personen bestellt wurde, welche durch die Gesetze dazu verpflichtet sind, oder von solchen, von deren freyen Willkühr es abhängt, ob sie sich zur Bestellung eines Heirathsgutes verbindlich machen wollen oder nicht. Einem Dritten, der aus freyem Willen ein Heirathsgut bestellt, oder einer großjährigen Braut oder Gattinn, welche sich darüber mit ihrem Bräutigame oder Ehemanne einversteht, kann die Freyheit nicht versagt werden, nach eigenem Belieben Bedingnisse und Nebenverträge unter Beobachtung der obigen Vorschriften beyzufügen. Jedoch müssen dieselben gleich bey der Bestellung des Heirathsgutes festgesetzt werden, da kein Theil den bereits geschlossenen Vertrag einseitig abändern und sein bereits erworbenes Recht ohne dessen Einwilligung wieder beschränken kann.

5) Diejenigen hingegen, welche zur Bestellung eines Heirathsgutes verpflichtet sind, können bey dessen Bestellung keine Bedingungen, von welcher Art sie auch seyen, beyrücken, wenn nicht der Bräutigam oder Mann hierzu einwilliget. — Eine Ausnahme hiervon hätte in dem Falle Statt, wenn diese Perso-

nen ein größeres Heirathsgut bestimmten, als sie vermög ihres Standes und ihres Vermögens zu bestellen schuldig waren. — In diesem Falle müßte sich daher der Bräutigam die Bedingung gefallen lassen, oder sich mit einem minderen Betrage begnügen. — Aber selbst diejenigen Bedingungen, welche mit Einwilligung des Bräutigams der Bestellung des Heirathsgutes beygerückt werden, können niemahls der Braut nachtheilig seyn, und ihren Rechten, die sie auf das Heirathsgut hat, präjudiciren, wenn nicht die Braut selbst, oder in so fern sie noch minderjährig ist, oder aus anderen Ursachen unter der Curatel steht, ihre Vertreter mit Einstimmung des vormundschaftlichen Gerichtes dazu eingewilliget haben.

6) Die Erlegung des bedungenen oder gerichtlich bestimmten Heirathsgutes ist eine Rechtspflicht, kann daher mit Zwang durchgesetzt, und sohin auf dem ordentlichen Rechtswege durch gerichtliche Execution beygetrieben werden. — Es entsteht aber hier die Frage, ob dieser Rechtsweg auch dann Statt finde, wenn diejenigen, die das Heirathsgut zu erlegen schuldig sind, selbst dadurch in eigene Noth und Armuth gerathen würden. — Die älteren Gesetze haben sowohl den Aeltern und Großältern, als auch dem fremden Dritten, der sich aus bloßer Freygebigkeit zur Erlegung eines Heirathsgutes verpflichtet hat, das sogenannte beneficium competentiae eingeräumt, vermög dessen sie auf nichts mehr belangt werden konnten, als auf dasjenige, was sie füglich, und ohne eigene Noth zu leiden, zu thun im Stande sind. — Von dieser Rechtswohlthat schweigen die neueren Gesetze. Allein sind es die Aeltern, gegen welche das Heirathsgut in Anspruch genommen wird; so sind hier zwey Fälle gedenkbar. Es haben nähmlich entweder die Aeltern den Betrag des Heirathsgutes durch freyes Uebereinkommen bestimmt, oder er ist durch gerichtliches Urtheil festgesetzt worden. Im ersten Falle werden sich die Aeltern auf den §. 154 berufen können, vermög welchen die Kinder ihre Aeltern, wenn sie in Dürftigkeit gerathen, sogar anständig zu erhalten verbunden sind, daher um so weniger berechtiget seyn können, sie in Dürftigkeit zu stürzen. — Im zweyten Falle könnte sich das gerichtliche Urtheil nur auf

die Voraussetzung größerer Vermögenskräfte der Aeltern stützen: zeigt es sich nun in der Folge, daß die Aeltern durch Exequirung des gefällten Erkenntnisses wirklich in Dürftigkeitsstand versetzt wurden; so ist dieses ein Beweis der unrichtigen Voraussetzung des Gerichtes, und den Aeltern müßte wegen dieses neuen Beweismittels die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bewilligt werden, und zwar um so mehr, als hier auch der oben angeführte Weigerungsgrund vorhanden ist.

Hat ein Dritter der Tochter für ihren Verehelichungsfall ein bestimmtes Heirathsgut zugesichert, und ist derselbe in der Folge in eine solche Lage gerathen, daß ihm durch die Erfüllung seines Versprechens selbst der nöthige Unterhalt entzogen würde; so kann er zwar dessen ungeachtet von der Schuldigkeit, seinem Versprechen nachzukommen, nicht entbürdet werden; weil das Gesetz von der Regel, daß Verträge zu halten seyn, hier keine Ausnahme machet. Nur ist derselbe, weil er als Geschenkgeber erscheint, berechtiget, jährlich von dem als Heirathsgut übergebenen Betrage die gesetzlichen Zinsen (§. 995) zu fordern, wenn nicht die Ehegatten, denen das Heirathsgut zur Erleichterung ihres häuslichen Aufwandes dienen sollte, in gleich dürftigen Umständen sich befinden (§. 947).

Diese beyden letzteren Fälle setzen voraus, daß das Versprechen nur der Tochter nicht aber ihrem Gatten gemacht worden ist. Das Versprechen, welches die Aeltern oder ein Dritter unmittelbar dem Gatten selbst macht, kann nicht nach denselben Grundsätzen behandelt werden. Kein Gesetz verbindet den Gatten seinen Schwiegeraltern einen Unterhalt abzureichen; ihm steht daher auch obiger gegen das Recht der Gatten angegebene Grund, ihre Heirathsguts-Forderung zwangsweise durchzusetzen, nicht im Wege, und hat ein Dritter sich zur Leistung eines Heirathsgutes gegen den Gatten selbst anheischig gemacht; so kann dieses Versprechen keineswegs in Bezug auf diesen als ein reiner Act der Freygebigkeit angesehen werden, indem der Gatte durch die Verehelichung ja die große Last auf sich nimmt, der Gattinn und den Kindern den anständigen Unterhalt zu verschaffen, und um dieser Verpflichtung nachkommen zu können, gerade auf die

Zuzählung des Heirathsgutes rechnet. — Was sohin reiner Act der Freygebigkeit gegen die Frau ist, ist es nicht gegen den Mann.

7) Bey dieser Gelegenheit kann auch die Frage aufgeworfen werden, ob das Heirathsgut von einem zur Dotation nicht Verpflichteten mündlich zugesichert werden könne, oder ob hierüber die Ausstellung und Einhändigung einer Urkunde nothwendig sey? — Die Beantwortung dieser Frage hängt eben von der Entscheidung der Vorfrage ab, ob die Zusicherung eines solchen zur Dotation nicht Verpflichteten als ein reiner Act der Freygebigkeit (ein Geschenk) anzusehen sey oder nicht? — Diese Frage ist nach der oben gemachten Bemerkung dahin zu entscheiden, daß in dem Falle, als nur der Gattinn das Versprechen gemacht worden ist, dasselbe allerdings als ein Geschenk anzusehen sey; wo hingegen dasselbe, wenn es dem Ehegatten selbst gemacht worden ist, als kein reiner Act der Freygebigkeit in Bezug auf diesen behandelt werden kann [1]).

§. 1226.

und Beweis derselben.

Wenn über das Vermögen des Ehemannes ein Concurs verhängt wird; so macht seine vor Ausbruch des Concurses geschehene schriftliche oder mündliche Bestätigung, daß er das Heirathsgut empfangen habe, gegen Jedermann einen Beweis. Erfolgt aber die Bestätigung erst nach ausgebrochenem Concurse; so hat sie gegen die Gläubiger keine Beweiskraft.

1) Wenn die Gattinn seiner Zeit das aus ihrem Vermögen, oder aus dem Vermögen ihrer Aeltern oder eines Dritten bestellte Heirathsgut anspricht, muß sie beweisen, daß es dem Gatten wirklich zugebracht worden sey. Wie dieser Beweis geführt werden müsse, lehrt die a. b. Gerichtsordnung. Nur entsteht

1) Vergleiche den von Herrn Vicepräsidenten Carl Joseph Ritter von Pratobevera in der Wagnerischen Zeitschrift. 1827, 1. H., S. 1—10 erzählten Civilrechtsfall, mit den angeführten Bemerkungen.

hier die Frage: ob das außergerichtliche Geständniß des Mannes über den Empfang des Heirathsgutes auch in dem Falle einen Beweis mache, wenn es nicht mit den in §. 110 der a. b. G. O. vorgeschriebenen Eigenschaften versehen ist? welche Frage Regierungsrath v. Scheidlein in seinen Miscellen (3. Heft. S. 38) aus dem Grunde bejahend beantwortet, weil der gegenwärtige §. das in der Gerichtsordnung vorgeschriebene außergerichtliche qualificirte Geständniß nicht voraussetze. Allein ich glaube, daß auch hier das außergerichtliche Geständniß, damit es einen vollständigen Beweis mache, auf Befragen solcher Personen abgelegt seyn müsse, von denen der Mann wußte, daß ihnen daran gelegen sey, die Wahrheit zu erfahren. Denn das gegenwärtige Gesetzbuch enthält gar keine Entscheidung für den Fall, wenn die Gattinn die Uebergabe des Heirathsgutes gegen den Mann oder dessen Erben behauptet, und deutet dadurch offenbar an, daß es auch in diesem Falle bey denjenigen Beweisesarten bleiben solle, welche die Gerichtsordnung überhaupt festsetzt. Es läßt sich auch kein Grund absehen, warum der Gesetzgeber in diesem Falle die Gattinn in ihrer Beweiseslast erleichtert haben sollte, da es ihr doch ein Leichtes ist, sich bey Zuzählung des Heirathsgutes einen Beweis zu verschaffen. Für diese Meinung streitet auch überdieß der Umstand, daß in dem westgallizischen Gesetzbuche (3. Th. 10. Hptst. §. 325) ausdrücklich enthalten war: Hat sich der Ehemann mündlich oder schriftlich geäußert, daß er das Heirathsgut empfangen habe; so ist es hinlänglich um die geschehene Uebergabe an ihn und seine Erben zu beweisen, und daß gerade diese Stelle, durch welche Scheidlein's Meinung bestätiget erschiene, in das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch nicht übertragen wurde. Nur für den Fall eines Concurses entstand der Zweifel, ob das Geständniß des Ehemannes auch gegen seine Gläubiger, folglich gegen dritte Personen, gegen welche ein Geständniß der Regel nach keine Wirkung hat, eine Beweiseskraft habe? und nur diese Frage wollte der österreichische Gesetzgeber in dem gegenwärtigen §. beantworten, und es liegt dieser Gesetzesstelle keineswegs die Absicht zu Grunde, von den in der

allgemeinen Gerichtsordnung in Betreff der Beweiskraft des außergerichtlichen Geständnisses vorgezeichneten Vorsichten eine Aenderung zu treffen.

2) Bey einem über das Vermögen des Ehemannes ausgebrochenen Concurse macht die Bestätigung des Ehegatten das Heirathsgut empfangen zu haben, nur dann einen Beweis, wenn sie vor Ausbruch des Concurses geschehen ist. — Ist die Bestätigung bloß mündlich geschehen, so ist in dem Beweise der geschehenen Bestätigung überhaupt auch der Beweis, an welchem Zeitpuncte dieselbe erfolgt sey, ob vor oder nach ausgebrochenem Concurse, mitbegriffen. Könnten sich die hierüber abgehörten Zeugen an den Zeitpunct der abgegebenen Bestätigung nicht mehr erinnern, so wäre ohne Zweifel der erforderliche Beweis nicht hergestellt. — Ist dagegen eine schriftliche Urkunde vorhanden, in welcher der Empfang des Heirathsgutes bestätiget erscheint, so kömmt es gleichfalls darauf an, ob die Urkunde vor Ausbruch des Concurses, oder nach demselben ausgestellt worden sey. — Hier entsteht nun die wichtige, schon mehrfach besprochene Frage, ob das Datum der Urkunde hierüber schon einen hinreichenden Beweis mache? oder ob die Zeit der Ausstellung durch einen anderen Beweis außer der Urkunde dargethan werden müsse? — Die Praxis scheint sich mehr für die Bejahung der ersteren Frage ausgesprochen zu haben. — Der nähmlichen Ansicht haben sich auch unter den Schriftstellern Herr Regierungsrath v. Scheidlein [1]), dann der Herr Regierungsrath und Professor Winniwarter [2]), und ein ungenannter Recensent in der Haller-Literaturzeitung angeschlossen. — Ersterer stützet seine Meinung lediglich darauf, daß eine Zurückdatirung nicht vermuthet werde, folglich auch dem Masse-Vertreter der strenge Beweis obliege, daß die mit einem früheren Datum versehene Quittung erst nach Ausbruch des Concurses ausgefertigt worden sey. Die Gründe des Herrn Professors Winniwarter, so wie des unbekannten Recensenten in der Haller-Literaturzeitung beschränken sich eigentlich auf

1) Miscellen 3. H. S. 33 — 34.
2) In der Wagnerischen Zeitschrift.

die Widerlegung der vom Herrn Professor Wagner [1]) und von mir [2]) für das Gegentheil angeführten Gründe, welche gegentheilige Meinung auch später Herr Dr. Ignaz Szabbej in Lemberg [3]) gegen Herrn Professor Winniwarter in Schutz nahm. — Die Gründe für die letztere Meinung lassen sich kurz folgendergestalt darstellen, wobey auch die gegentheiligen Widerlegungsgründe gewürdiget werden.

a. Die vor dem Ausbruche des Concurses abgegebene Bestätigung des Gatten über den Empfang des Heirathsgutes ist die Bedingung, unter welcher diese Bestätigung gegen die Concursmasse etwas beweist; die Existenz einer Bedingung aber als einer Ereignung, von welcher ein Recht abhängig gemacht wird (§. 696), wird als Factum nicht vermuthet, sondern muß erwiesen werden; folglich muß die Gattinn, welche sich auf dieses Factum beruft, nach der bekannten Regel: Factum alleganti incumbit probatio, dasselbe beweisen. — Man kann übrigens, um den Ausdruck „Bedingung" dessen Bedeutung, wie er angewendet wird, beanständet wurde, zu vermeiden, dieses Raisonnement auch in folgende Worte umkleiden: Die vor dem Ausbruche des Concurses abgegebene Bestätigung des Gatten über den Empfang des Heirathsgutes ist ein Umstand oder ein Factum, welches das gesetzliche Erforderniß der Beweiskraft der Urkunde ausmacht, das folglich vorhanden seyn muß, wenn die Bestätigung des Ehegatten gegen die Concursgläubiger etwas beweisen soll; die Existenz eines Factums aber, von welchem Rechte abhängig sind, wird nicht vermuthet, sondern muß erwiesen werden; folglich muß auch die Gattinn, die sich auf dieses Factum beruft, dasselbe beweisen.

b. Muß aber die Gattinn, um der Bestätigung ihres Ehegatten wegen der richtigen Zuzählung des Heirathsgutes Glaubwürdigkeit zu verschaffen, darthun, daß die Bestätigungsurkunde noch vor Ausbruch des Concurses ausgefertigt worden sey; so kann sie sich doch zum Beweise dessen nicht wieder auf den

1) Zeitschrift Jahrg. 1825, 4. H., Nr. XVII.
2) Darstellung der Rechte der Ehegatten S. 73 — 76.
3) Wagner. Zeitsch. 1829, 2. H., S. 107 — 125.

Inhalt der Bestätigungsurkunde selbst berufen. Denn der Umstand, von welchem die Beweiskraft der Urkunde abhängt, kann doch nicht wieder durch diese Urkunde selbst erwiesen werden. Sollte er durch dieses Document selbst erwiesen werden, so muß selbes eine beweismachende Urkunde seyn. Sie ist aber nur dann beweismachend, wenn sie vor Ausbruch des Concurses ausgefertigt ist. — Es scheint daher in die Augen springend zu seyn, daß der Umstand, von welchem die Beweiskraft der Urkunde abhängt, vorläufig (außerhalb der Urkunde) gewiß (im juridischen Sinne) existent seyn müsse, ehe man der Urkunde selbst eine Beweiseskraft zugestehen kann. — Man will zwar behaupten, daß es sich bey der Bestätigungsurkunde des empfangenen Heirathsgutes gerade so verhalte, wie bey den inneren Erfordernissen eines Schuldscheins über ein Darleihen. Obschon nun der §. 1001 ausdrücklich anordne, daß ein Schuldschein über einen Darleihensvertrag nur dann einen Beweis mache, wenn er die bey demselben verabredeten Bestimmungen redlich und deutlich angibt, so werde doch Niemand zweifeln, daß der Schuldner, wenn er z. B. die Einwendung macht, er habe nicht, wie es im Schuldscheine heißt, bares Geld, sondern Obligationen erhalten, seine Einwendung beweisen müsse. — Allein ich kann die Identität dieser beyden Rechtsverhältnisse nicht zugeben. — Schon die Betrachtung, daß in dem §. 1001 von innerlichen Erfordernissen die Rede ist, während es sich doch in unserem Falle um einen äußeren Umstand handelt, muß darauf führen, daß beyde Fälle nicht gleicher Natur sind. — Unzweifelhaft ist es, daß der Schuldner, wenn er obige Einwendung macht, selbe erweisen müsse, weil er eine Urkunde gegen sich hat, die nach den Vorschriften der G. O. einen vollkommenen Beweis gegen ihn macht. — Behauptet er sohin das Vorhandenseyn solcher Umstände, welche die im Allgemeinen vom Gesetze ausgesprochene Glaubwürdigkeit einer solchen Urkunde wieder aufheben sollen, so ist es ganz natürlich, daß er hiervon den Beweis liefern müsse. — Ganz anders verhält es sich mit der Bestätigungsurkunde des empfangenen Heirathsgutes, wenn

die Gattinn nach ausgebrochenem Concurse über das Vermögen ihres Gatten damit zum Vorscheine kommt. — Denn hier erscheint die Urkunde an und für sich unglaubwürdig; der Umstand, die sie allein glaubwürdig macht, ist die vor Ausbruch des Concurses geschehene Ausfertigung derselben; wenn nun für diesen kein anderes Beweismittel, als die Urkunde selbst vorhanden ist, wie soll dieselbe gegen den Widerspruch des Masse-Vertreters etwas beweisen? Daß, wenn es sich um die Frage handelt, welches Testament als das spätere wirksam seyn soll, zunächst das Datum entscheide, beweiset für die gegentheilige Ansicht ebenfalls nichts. — Denn der Grund davon liegt darin, daß der Wille des Erblassers in allen Puncten, folglich auch in der Datirung aufrecht erhalten werden soll. — Denn nicht so viel deßwegen, weil vermuthet wird, der Erblasser habe das Testament wirklich am Tage des Datums ausgefertigt, als weil er dadurch seinen Willen an Tage legt, daß das Testament so angesehen werden soll, als wäre dasselbe am Tage des Datums wirklich errichtet worden, ist das Datum der letztwilligen Anordnung in einem Rechtsstreite entscheidend.

c. Es ist doch kein Zweifel, daß bey einer mündlichen Bestätigung auch der Umstand, daß diese vor dem Ausbruche des Concurses geschah, von der Klägerinn zu erweisen sey. — Es ist auch vollkommen richtig, daß der Beweis dieses Umstandes in eben dem Zeugenbeweise, der über die Richtigkeit der Bestätigung geführt wird, durch die nähmlichen Zeugen geliefert werden könne; und diese Bemerkung könnte auch zu der Behauptung Veranlassung geben, daß durch die nähmliche Urkunde, worin der Empfang des Heirathsgutes bestätiget wird, die Zeit, wann sie ausgestellt worden ist, erwiesen werden könne. — Allein dieses wäre offenbar ein Irrthum. — Denn es handelt sich hier, wie mehrmahl erwähnt wurde, um einen Umstand, von welchem die Glaubwürdigkeit einer Urkunde abhängt. — Nun wird schwerlich behauptet werden können, daß, wenn die Glaubwürdigkeit der Zeugenaussagen von dem Daseyn eines Umstandes abhängt,

dieser Umstand durch die nähmlichen Zeugenaussagen außer Zweifel gesetzt werden könne. — Setzen wir den Fall: die Gattinn eines Cridatars melde gegen des letzteren Concursmasse ihre Heirathsguts-Forderung an, und berufe sich zum Beweise des ihrem Gatten wirklich zugezählten Heirathsgutes auf die Zeugen A und B, welche zur einstigen Herstellung des Beweises eigens zugezogen worden sind. Diese beyden Zeugen seyen aber des Verbrechens des Betruges schuldig erkannt worden; somit ist ihre Aussage überhaupt unglaubwürdig, und nur dann, wenn die von dem Massevertreter widersprochene Angabe der Klägerinn, daß die Zuzählung des Heirathsgutes, bey welcher diese Zeugen zugegen gewesen seyn sollen, noch früher vor sich gegangen sey, als sie in gerichtliche Untersuchung gezogen worden sind, wird der Aussage dieser Zeugen Glauben geschenkt, und sie werden dann zum Zeugeneide zugelassen werden müssen. Es ist sohin auch hier der Zeitpunct, in welchem die Zuzählung des Heirathsgutes geschehen seyn soll, ein sehr wesentlicher Umstand. — Nun scheint es offenbar, daß die Aussagen dieser beyden Zeugen über den Zeitpunct, wann die Zuzählung des Heirathsgutes geschehen seyn soll, keinen Beweis machen könne. Denn da die aufgeführten Zeugenaussagen verwerflich sind, so sind auch ihre einzelnen Aussagen unglaubwürdig, und sie können also auch nicht dazu gebraucht werden, einen Umstand außer Zweifel zu setzen, bey dessen Vorhandenseyn ihrer Aussage Glauben beygemessen werden darf.

d. Es kann zwar nicht verkannt werden, daß der §. 1226, wenn er auf die hier von mir angenommene Art ausgelegt wird, nicht jedem betrügerischen Einverständnisse dadurch vorgebeugt werde; aber eben so wenig kann in Abrede gestellt werden, daß die gegnerische Auslegung des gegenwärtigen §. den listigen Einverständnissen einen viel freyeren Spielraum gewähre, und den Massevertreter beynahe in die Unmöglichkeit versetze, diesem trügerischen Einverständnisse zu begegnen. — Denn wie leicht ist es für den Ehegatten auch noch nach ausgebrochenem Concurse seiner Ehegattinn eine von ihm eigenhändig

geschriebene und unterschriebene Bestätigungsurkunde in Geheim auszustellen; wie soll der Massevertreter hiervon Wissenschaft erhalten? und wie soll er den Beweis einer späteren Ausstellung herstellen können? Soll man daher aus dem Umstande, daß der Gesetzgeber bey der hier behaupteten Auslegung des gegenwärtigen §. keine genügende Abhülfe verschafft habe, zu schließen berechtiget seyn, daß er gar keine Abhülfe habe verschaffen wollen? — Ohne Zweifel hatte der höchste Gesetzgeber bey Erlassung der Vorschrift des gegenwärtigen §. die Absicht, den Schutz der Rechte der Gläubiger mit dem der Gattinn in ein Gleichgewicht zu setzen. Wenn es ihm nun auch nicht gelungen seyn sollte, dieses zu erreichen, muß nun nicht jene Auslegung als die richtigere gelten, welche sich der Lösung dieser Aufgabe mehr als die andere nähert? — Dieses erzweckt aber offenbar die hier vertheidigte Auslegung; denn bey dieser leidet der Schutz, den die Gesetzgebung der Gattinn angedeihen lassen wollte, keineswegs — da es ja ganz in ihrer Macht steht, sich Beweise zu verschaffen, daß die Urkunde noch vor Ausbruch des Concurses ausgefertigt worden sey; wogegen bey der gegnerischen Auslegung dem unredlich handeln wollenden Cridatar und seiner Gattinn die Gelegenheit eröffnet ist, die Gläubiger zu bevortheilen, ohne daß denselben Mittel oder Wege verschafft werden, sich dagegen vorzusehen.

Entweder geht der Gesetzgeber von dem Grundsatze aus, daß auch dem Cridatar noch die Vermuthung der Unbescholtenheit, welche im §. 17 des Gesetzbuches ausgesprochen ist, zu Statten komme, und in Folge derselben auch so viel Vertrauen geschenkt werden müsse, daß er zur Beeinträchtigung der Gläubiger keine Unwahrheit bestätigen werde, oder er vertraut auf diese Vermuthung der Unbescholtenheit nicht mehr, und befürchtet, derselbe möchte zu Gunsten seiner Gattinn eine die Rechte der Gläubiger verletzende Bestätigung abgeben. — Im ersten Falle fordert es die Consequenz, daß er keinen Unterschied mache, ob die Bestätigungsurkunde vor oder nach Ausbruch des Concurses ausgefertiget werde; im zweyten Falle aber muß er ganz natürlich anordnen, daß eine erst

nach Ausbruch des Concurses ausgefertigte Empfangsbestätigung des Gatten über das zugezählte Heirathsgut keinen Beweis mache. Da nun der österreichische Gesetzgeber diese letztere Anordnung wirklich gemacht hat, so muß man auch folgerichtig schließen, daß er gegen den cridatarischen Ehegatten das Mißtrauen hege, er könne durch eine falsche Bestätigung die Rechte der Gläubiger verkürzen. — Ist nun aber dieses der Fall, so ist nicht einzusehen, warum sich dieses Mißtrauen auf eine Vordatirung der Urkunde nicht ausdehnen sollte?

e. Man kann zwar entgegnen, daß wenn auch der Gesetzgeber dem Cridatar kein volles Vertrauen mehr schenke, doch der schuldlosen Gattinn die Vermuthung des §. 17 des Gesetzbuches zu Statten kommen müsse, welche, wenn sie auch durch den Widerspruch des Gegners, für welchen die gleiche Vermuthung streitet, neutralisirt oder aufgehoben wird, doch durch die beygebrachte Bestätigungsurkunde des Mannes gegen den nackten Widerspruch des Gegners das Uebergewicht erhalte. — Allein nicht jedes Uebergewicht ist hinreichend, der klägerischen Angabe Glauben zu verschaffen. — Hätte die Ehegattinn anstatt der schriftlichen Bestätigung ihres Ehemannes die eidliche Aussage eines unbedenklichen Zeugen für sich, so wäre gleichfalls das Uebergewicht auf ihrer Seite, und es dürfte wohl in die Augen springen, daß die eidliche Aussage eines ganz unbedenklichen Dritten der Angabe der Gattinn ein größeres Uebergewicht geben müsse, als die mit keinem Eide bekräftigte Bestätigung des cridatarischen Gatten, welchen das Gesetz in letzterer Eigenschaft allein unter die verwerflichen Zeugen zählet [1]), und doch würde ihr, wenn sie sich nicht zugleich zum Erfüllungseide erböthe, kein Glauben geschenkt werden. Ueberhaupt spielt der §. 17 des bürgl. Gesetzbuches bey unserem Civilprozesse keine unwichtige Rolle; da die Erzählung des Einen, und der Widerspruch des Andern gleiche rechtliche Folgen haben, ob sie aus dem Munde anerkannt unbescholtener Menschen, oder aus dem mehrmahl überwiesener Betrieger kommen. Endlich

1) §. 191 der allg. G. O. lit. b.

f. die frühere österreichische Civilgesetzgebung hat in Uebereinstimmung mit den französischen und preußischen Civilgesetzen der Bestätigung des Mannes über den Empfang des Heirathsgutes gegen die Gläubiger alle Beweiseskraft entzogen, ohne Unterschied, wann diese Bestätigung erfolgt sey. Ohne Zweifel hat der österreichische Gesetzgeber das Drückende dieser Disposition beherziget, und von dem früher angenommenen Grundsatze *den Fall ausgenommen*, wenn die Bestätigung des Ehegatten vor Ausbruch des Concurses erfolgt ist. Es ist daher auch ganz natürlich, daß die Ehegattinn das Eintreffen dieses Falles *erweisen* müsse, und es kann bey dieser getroffenen Abänderung gewiß nicht die Absicht des höchsten Gesetzgebers gewesen seyn, den Cridatar, dem er auch gegenwärtig noch mißtraut, in die Lage zu setzen, seiner erst nach Ausbruch des Concurses ausgefertigten Bestätigung durch eine Vordatirung Glaubwürdigkeit zu verschaffen [1]).

§. 1227.

Gegenstand des Heirathsgutes, und Rechte des Ehemannes und der Ehefrau in Rücksicht derselben.

Alles, was sich veräußern und nutzen läßt, ist zum Heirathsgute geeignet. So lange die eheliche

---

1) Hier glaube ich darauf noch aufmerksam machen zu müssen, daß, wenn einmahl erwiesen ist, daß die Bestätigung des Mannes *vor* Ausbruch des Concurses erfolgt sey, auch durch das Datum der Urkunde erwiesen sey, daß sie gerade in diesem Zeitpuncte ausgefertigt wurde, weil in diesem Falle die Urkunde an und für sich, folglich jeder Theil derselben beweismachend ist.

In der neueren Zeit wird auch Herr Prof. Fischer den Vertheidigern der gegentheiligen Ansicht (Wag. Ztsch. 1832. VIII. Hft. S. 69 — 81) zugezählet, worin er besonders rügt, daß sich die Vertheidiger der von mir behaupteten Meinung dadurch in einen Vortheil gesetzt haben, daß sie sich immer die Gattinn als jene Person vorstellen, welche das zugebrachte Heirathsgut bey dem über das Vermögen des Mannes ausgebrochenen Concurse liquidirt, indem doch der §. 1226 ganz allgemein spreche, daß es doch auch die Erben der bereits verstorbenen Gattinn, oder selbst der freywillige Besteller des Heirathsgutes seyn könne, der diese Heirathsgutsforderung zum Concurse liquidiret. — Allein daß das Gesetz bey den einzelnen Bestimmungen in Ansehung des Heirathsgutes vorzüglich nur immer die Gattinn, und nicht den freywilligen Besteller des Heirathsgutes vor Augen gehabt habe, beweiset gleich der folgende §. 1228, nicht aber auch der ausdrücklich den Fall des über das Vermögen des Ehemannes ausgebrochenen Concurses behandelnde §. 1260, welcher nur von der Zurückstellung des *Heirathsgutes* an die *Ehegattinn* redet.

Gesellschaft fortgesetzt wird, gehört die Fruchtnießung des Heirathsgutes, und dessen, was demselben zuwächst, dem Manne. Besteht das Heirathsgut in barem Gelde, in abgetretenen Schuldforderungen oder verbrauchbaren Sachen; so gebührt ihm das vollständige Eigenthum.

§. 1228.

Besteht das Heirathsgut in unbeweglichen Gütern, in Rechten oder Fahrnissen, welche mit Schonung der Substanz benützt werden können; so wird die Ehegattinn so lange als Eigenthümerinn und der Mann als Fruchtnießer derselben angesehen, bis bewiesen wird, daß der Ehemann das Heirathsgut für einen bestimmten Preis übernommen, und sich nur zur Zurückgabe dieses Geldbetrages verbunden hat.

1) Zum Heirathsgute können bewegliche und unbewegliche, körperliche und unkörperliche Sachen oder Rechte, bares Geld oder Schuldbriefe, kurz alle Sachen gegeben werden, welche im Verkehre stehen, und zur Befriedigung der häuslichen Bedürfnisse benützt werden können.

2) Die Verschiedenheit dieser Gegenstände hat auf die dem Manne, der Frau oder dem Besteller des Heirathsgutes auf dieselbe gebührenden Rechte den wesentlichsten Einfluß. Die Bestimmung des Heirathsgutes, dem Manne die Bestreitung der ehelichen Bedürfnisse zu erleichtern, folglich ihm aus dem Heirathsgute einen Nutzen zu verschaffen, gibt in Anwendung auf die verschiedenen Gegenstände des Heirathsgutes die Grundsätze an die Hand, aus welchen die Rechte des Mannes in Betreff des Heirathsgutes beurtheilt und erörtert werden müssen.

3) Die Rechte, welche der Mann auf die zum Heirathsgute gehörigen Gegenstände erhält, werden zuförderst durch den Umstand bestimmt, ob dieselben in unbeweglichen Gütern, oder in

Rechten und Fahrnissen, welche mit Schonung der Substanz benützt werden können, bestehen, oder ob selbe verbrauchbare, d. i. solche Sachen sind, die ohne ihre Zerstörung oder Verzehrung den gewöhnlichen Nutzen nicht gewähren. Von den Letzteren wird der Ehemann durch die Uebergabe vollständiger Eigenthümer, weil er, um sie zum häuslichen Aufwande zu benützen, frey darüber zu verfügen berechtigt werden muß, und weil schon der §. 510 enthält, daß verbrauchbare Sachen an und für sich kein Gegenstand des Gebrauches oder der Fruchtnießung sind, sondern nur ihr Werth. — Von den Gegenständen der ersteren Gattung wird ihm aber in der Regel keineswegs ein Eigenthumsrecht, sondern nur die Benützung und Fruchtnießung übertragen. Das Eigenthum bleibt der Ehegattinn oder dem Besteller vorbehalten (§. 1229). Nur im Falle, daß der Ehemann ein solches Heirathsgut für einen bestimmten Preis, den er seiner Zeit zurückzugeben schuldig seyn soll, übernommen hat, wird er unter dieser Verpflichtung nach erfolgter Uebergabe vollständiger Eigenthümer. Der Umstand allein, daß das Heirathsgut in einem bestimmten Werthe angeschlagen ist, ohne das hinzugekommene Versprechen des Mannes diesen Preis seiner Zeit zu vergüten, macht denselben noch nicht zum Eigenthümer, sondern er bleibt dessen ungeachtet nur Fruchtnießer, und die vorläufige Schätzung dienet bloß zur leichteren Erhebung der Vergütung, oder des zu ersetzenden Schadens.

4) Diesen aufgestellten Grundsätzen zu Folge erhält also der Ehemann das volle Eigenthum über das ihm als Heirathsgut übergebene bare Geld, indem ihm dieses nichts nützen würde, wenn er es nicht gegen Sachen umtauschen könnte; dann über die ihm abgetretenen (nicht bloß zur Nutznießung überlassenen) Schuldforderungen, welches aus dem Begriffe der Abtretung folgt (§. 1392). Ferners über alle ihm als Heirathsgut übergebenen Sachen, welche im Handel und Wandel nach Zahl, Maß und Gewicht geschätzt und berechnet werden, indem sich von diesen ebenfalls nicht leicht ein Gebrauch machen läßt, wenn man nicht zu ihrer Veräußerung oder Verzehrung berechtiget ist. Dagegen wird der Mann von liegenden Gütern, von Rechten, z. B. vom

Zehent- und Jagdrechte, oder von einem Handlungs- oder Gewerbs-Befugnisse, von andern nicht abgetretenen, folglich nur zum Zinsengenusse bestimmten Capitalien (§. 510), von Fahrnissen, die mit Schonung der Substanz benützt werden können, keineswegs Eigenthümer, sondern bloß Fruchtnießer derselben, wenn er nicht, wie oben erwähnt worden ist, diese Sache für einen bestimmten Preis übernommen, und sich nur zur Zurückgabe dieses Geldbetrages verbunden hat.

5) Aus diesem vollen Eigenthumsrechte des Mannes über die genannten Gegenstände folgt von selbst, daß er nach Willkühr darüber verfügen (§. 362), und allen Nutzen daraus ziehen könne (§. 404), daß er dagegen auch allen Aufwand, der zur Erhaltung der Sache, und zur Erzielung der aus selber zu ziehenden Nutzungen nöthig ist, aus seinem Vermögen bestreiten müsse, und daß auch aller Schade, Zufall und Gefahr, welcher sich bey dieser Sache ereignet, nur ihm als Eigenthümer der Sache treffe (§. 1311).

6) Bey denjenigen Gegenständen des Heirathsgutes hingegen, worauf er zu Folge des oben Gesagten kein Eigenthumsrecht erlangt, kommen demselben die Rechte und Pflichten eines Nutznießers sowohl in Hinsicht auf die Hauptsache, als auf den Zuwachs zu, mit Ausnahme der natürlichen Früchte und Nutzungen, welche ihm als Fruchtnießer eigenthümlich zufallen (§. 511). Ihm gehört daher der volle, sowohl gewöhnliche, als ungewöhnliche Ertrag; er hat aber dagegen auch alle Lasten, welche zur Zeit der Bestellung des Heirathsgutes mit der ihm als Heirathsgut übergebenen Sache verbunden waren, zu übernehmen. Auf ihn fallen alle ordentliche und außerordentliche von der Sache zu leistenden Schuldigkeiten, in so fern sie aus den während der Dauer der Fruchtnießung gezogenen Nutzungen bestritten werden können, er trägt auch die Kosten, ohne denen die Früchte nicht erzielet werden. — Er ist verbunden, die Sache als ein guter Hausvater in dem Stande, in welchem er sie übernommen hat, zu erhalten, und aus dem Ertrage die Ausbesserungen, Ergänzungen und Herstellungen zu besorgen (§§. 511 — 513). Das Eigenthum dieser Gegenstände bleibt der Gattinn, oder nach Umständen dem freywilligen Be-

steller des Heirathsgutes, der sich nach dem Tode des Mannes den Rückfall desselben vorbehalten hat (§. 1229).

§. 1229.

Nach dem Gesetze fällt das Heirathsgut nach dem Tode des Mannes seiner Ehegattinn, und wenn sie vor ihm stirbt, ihren Erben heim. Soll sie oder ihre Erben davon ausgeschlossen seyn; so muß dieses ausdrücklich bestimmt werden. Wer das Heirathsgut freywillig bestellet, kann sich ausbedingen, daß es nach dem Tode des Mannes auf ihn zurückfalle.

1) Da dem Ehemanne das Eigenthum, oder doch die Fruchtnießung oder Verwaltung des Heirathsgutes zur leichteren Bestreitung des mit der ehelichen Gesellschaft verbundenen Aufwandes eingeräumt wird (§. 1218); so darf er (in der Regel), so lange er lebt, von Niemanden in der Ausübung dieser Rechte gehindert werden. Allein nach dem Tode des Mannes, und in ähnlichen Fällen, wo sich der Zweck des bestellten Heirathsgutes behebt, treten wichtige Rechte der Ehegattinn, ihrer Erben, oder der Besteller des Heirathsgutes ein.

2) Das Gesetz stellt hier die Regel auf, daß nach Ableben des Mannes das Heirathsgut auf die überlebende Gattinn falle. Die Textirung dieses §. läßt es etwas zweifelhaft, ob im Falle, wenn die Ehegattinn vor ihrem Manne stirbt, das Heirathsgut sogleich nach ihrem Tode, oder erst nach Absterben des Mannes ihren Erben heimfalle. — Nach dem Inhalte des Zeiller'schen Commentares scheinet das Letztere behauptet werden zu müssen, da er sagt: „In der Regel fällt nähmlich nach dem Ableben des Mannes das Heirathsgut auf die überlebende Gattinn, oder, wenn sie früher gestorben ist, auf ihre gesetzlichen oder testamentarischen Erben." Nach dieser Erklärung scheint der Zeitpunct, an welchem das Heirathsgut zurückzustellen ist, immer der Tod des Mannes zu seyn. Ist zu diesem Zeitpuncte die Gattinn noch am Leben, so fällt dasselbe ihr selbst, ist sie aber bereits gestorben, ihren Erben anheim.

Allein eben deßwegen, weil der §. sich nicht des Ausdruckes, „wenn die Ehegattinn vor ihrem Manne gestorben ist," sondern stirbt, bedient, muß gefolgert werden, daß in diesem Falle das Heirathsgut nicht erst nach dem Tode des Mannes, sondern gleich nach dem Tode der Gattinn ihren Erben zufalle, was auch mit dem Zwecke des bestellten Heiratsgutes übereinstimmt. — Deutlicher erhellet die Richtigkeit dieser Auslegung, aus dem §. 332 des 3. Theils des westgallizischen Gesetzes, welcher die nähmliche Anordnung enthält, jedoch mit dem Motive des Gesetzgebers beginnt, und also lautet: „Weil das Heirathsgut dem Manne zur Bestreitung der Ehestandslasten ausgesetzt worden ist; so gilt die rechtliche Vermuthung, daß solches nach dem Tode des Mannes seiner Ehegattinn, und wenn sie vor ihm stirbt, ihren Erben heimfalle." Hier zeigt es sich offenbar, daß der Zeitpunct der Heimfälligkeit des Heirathsgutes die durch den Tod des einen oder anderen Ehegatten geschehene Auflösung des Ehebandes ist. — Diese Anordnung des Gesetzes gründet sich, wie aus dem citirten §. des westgallizischen Gesetzbuches zu ersehen ist, auf die Vermuthung, daß für den Fall, wo der Mann das Heirathsgut zu den bestimmten Zwecken nicht mehr verwenden kann, die Ehegattinn, welche das Heirathsgut selbst bestellt hat, oder die Aeltern, welche dasselbe pflichtmäßig zur Versorgung ihrer Abstämmlinge bestimmten, und vermög des Zweckes auch der dritte wohlthätige Besteller sich stillschweigend bedungen haben, daß es der Gattinn oder ihren Erben zufallen solle.

3) Allein eine selbstständige Braut oder Ehefrau kann nicht nur allein ein aus ihrem Vermögen, sondern auch ein aus dem Vermögen derjenigen, die zur Bestellung eines Heirathsgutes rechtlich verpflichtet sind, gegebenes Heirathsgut dem Manne zum unwiderruflichen Eigenthume, folglich auf den Fall seines Ueberlebens einräumen, oder was immer für Bedingungen zum eigenen Vortheile beyrücken. — Für den ersteren hier bemerkten Fall bedarf diese Behauptung wohl keine Begründung; allerdings aber für den letzteren Fall, und zwar um so mehr, als Herr Hofrath v. Zeiller in seinem Commentare diese Behauptung nur auf den

ersteren Fall beschränket. — Allein eben der Schlußsatz des gegenwärtigen §. deutet an, daß diejenigen, welche zur Bestellung eines Heirathsgutes rechtlich verpflichtet sind, sich den Rückfall des Heirathsgutes nicht bedingen können. — Daraus folgt, daß die Gattinn rechtlichen Anspruch habe, zu verlangen, daß auch das von diesen Personen gegebene Heirathsgut nach dem Tode des Mannes an sie, und wenn sie vor ihm stirbt, an ihre Erben falle. — Auf dieses Recht aber kann sie zu Gunsten ihres Ehemannes Verzicht leisten. — Das Heirathsgut, welches die Aeltern oder Großältern ihrer Tochter oder Enkelinn pflichtmäßig geben, geht in ihr volles Eigenthum über, und die Aeltern sind nicht berechtiget, der Bestellung des Heirathsgutes eine das Eigenthum beschränkende Bedingung anzufügen. — War jedoch die Gattinn zur Zeit der Bestellung des Heirathsgutes bereits selbstständig, und hat sie sich gutwillig diese Bedingung gefallen lassen, so versteht es sich wohl von selbst, daß sie dann auch in Erfüllung gebracht werden könne.

4) Es liegt in der Natur der Sache, daß derjenige, welcher das Heirathsgut freywillig bestellt, d. i. ohne daß auf seiner Seite eine Rechtspflicht zur Bestellung eines Heirathsgutes vorhanden ist, beliebige Bedingungen beyrücken, folglich auch den Rückfall des Heirathsgutes für den Fall, als die Ehe durch den Tod aufgelöset wird, sich gültig bedingen könne. — Es ist daher auch in die Augen springend, daß der Ausspruch des Gesetzgebers in dem letzten Absatze dieses §. auch für den Fall zu gelten habe, wenn die Gattinn stirbt, und daß sohin der wohlthätige Besteller eines Heirathsgutes sich auszubedingen das Recht habe, daß es nach dem Tode der Frau auf ihn zurückfalle. — Daß ein solcher wohlthätiger Besteller das von ihm gegebene Heirathsgut dem Manne gleichfalls zum unwiderruflichen Eigenthume ausdrücklich überlassen könne, unterliegt keinem Zweifel.

5) Aus den in den vorigen §§. entwickelten Grundsätzen ergeben sich in Betreff der Zurückstellung des Heirathsgutes folgende Bestimmungen:

a. Sind die Sachen, welche als Heirathsgut gegeben wurden, und worüber der Ehemann nur den Fruchtgenuß, keineswegs

aber ein Eigenthumsrecht erhalten hat, noch in Natur vorhanden; so müssen sie der Frau, oder nach Umständen dem Besteller des Heirathsgutes in Natur zurückerstattet werden.

b. Sind die Sachen noch in Natur vorhanden, aber der Ehemann hat sie um einen bestimmten Preis übernommen, und sich nur zur Bezahlung dieses Preises verpflichtet, und ist folglich vollständiger Eigenthümer derselben geworden; so sind weder der Mann noch dessen Erben verpflichtet, dieselben in Natur zurückzugeben, noch die Gattinn, deren Erben oder die Besteller des Heirathsgutes verbunden, dieselben in Natura anzunehmen.

c. Sind verbrauchbare Sachen ohne Bestimmung der Preise zum Heirathsgute gegeben worden, z. B. eine Quantität Getreide; so müssen bey Zurückstellung des Heirathsgutes, in so fern nicht etwas anderes bedungen worden ist, Sachen von gleicher Qualität und Quantität zurückgestellt, oder in so fern dieses nicht möglich wäre, ihr Werth im Gelde vergütet werden.

6) In so fern der Mann oder dessen Erben wegen Deterioration der zum Heirathsgute gegebenen Sachen verantwortlich sey, ist aus dem §. 513 zu entnehmen. — Hat der Mann diese Güter, welche er zum Heirathsgute erhalten hat, und auf welche er kein Eigenthumsrecht erworben, während der Ehe veräußert; so ist er verpflichtet, das veräußerte Gut wieder zurückzuschaffen, und sohin Alles in den vorigen Stand zurückzusetzen; oder wenn dieses nicht thunlich ist, den Schätzungswerth zu vergüten (§. 1323). Es frägt sich hier nun, nach welchem Zeitpuncte dieser Schätzungswerth zu bemessen sey? ob nach dem der Uebergabe des Heirathsgutes, oder nach dem der Veräußerung desselben, oder endlich nach demjenigen Zeitpuncte, an welchem dasselbe zurückzustellen ist? — Ohne Zweifel nach dem Letzteren; denn die Vergütung des Schätzungswerthes kann nur dann als ein Aequivalent des in Natur zurückzustellenden Heirathsgutes betrachtet werden, wenn er nach dem Zeitpuncte bemessen wird, an dem die Zurückstellung des Heirathsgutes geschehen soll. — Bey Bestimmung dieses Schätzungswerthes wird jedoch auf den Umstand Rücksicht zu nehmen seyn, daß die zum Heirathsgute gegebenen Sachen durch den längeren Gebrauch nach dem

ordentlichen Laufe der Natur abgenützt worden wären. Welche Vergütungen dem Manne dagegen von der andern Seite zu leisten sind, ist aus den §§. 511 u. 1037 zu entnehmen. Ueberhaupt sind hier die Vorschriften über die Servitut der Fruchtnießung vor Augen zu halten.

§. 1230.

2) Widerlage.

Was der Bräutigam oder ein Dritter der Braut zur Vermehrung des Heirathsgutes aussetzt, heißt Widerlage. Hiervon gebührt zwar der Ehegattinn während der Ehe kein Genuß; allein, wenn sie den Mann überlebt, gebührt ihr ohne besondere Uebereinkunft auch das freye Eigenthum, obgleich dem Manne auf den Fall seines Ueberlebens das Heirathsgut nicht verschrieben worden ist.

1) Unter Widerlage wird nach dem Ausdrucke des Gesetzes dasjenige verstanden, was der Bräutigam oder ein Dritter (im Nahmen des Bräutigams oder für denselben) der Braut zur Vermehrung des Heirathsgutes aussetzt.

2) Der Begriff der Widerlage setzt sohin ein Heirathsgut voraus, und sie kann daher nur bey dem Bestehen eines solchen Platz greifen. Wenn daher der Mann (oder ein Dritter) der Frau ohne Bestellung eines Heirathsgutes eine Widerlage versprochen oder gegeben hat; so hat die Gabe mit der Widerlage nur den Nahmen gemein, und muß, meines Dafürhaltens, als eine Schenkung für den Todesfall angesehen werden [1]).

3) Da die Widerlage zur Vermehrung des Heirathsgutes ausgesetzt wird, von dem letzteren aber keineswegs die Gattinn, sondern der Ehegatte zur Bestreitung der ehelichen Lasten die Nutzungen zu ziehen hat; so ergibt sich die natürliche, und in dem gegenwärtigen §. auch buchstäblich ausgedrückte Folge, daß

1) Siehe v. Scheidlein's Miscellen. 3. H., 1. Abth., §. 43.

der Ehegattinn auch von der Widerlage während der Ehe kein Genuß gebühre.

4) Eine andere Frage aber entsteht, ob die Ehegattinn das Eigenthum auf die ihr als Widerlage verschriebenen Sachen erlange? — Da die als Widerlage verschriebenen Sachen der Gattinn nicht übergeben werden, weil der Mann die Verwaltung und den Genuß derselben hat, die bloße Verschreibung oder Zusicherung aber ohne Uebergabe noch kein Eigenthumsrecht, sondern bloß ein persönliches Recht gegen den Besteller gibt (§. 425); so folget daraus, daß während der Lebenszeit des Mannes die Frau nicht als Eigenthümerinn der Widerlage angesehen werden könne. Wird daher dieselbe von dem Manne veräußert, so steht ihr auch keine Eigenthumsklage gegen einen dritten Besitzer zu.

5) Nach dem Tode des Mannes gebührt der Gattinn das freye Eigenthum der Widerlage, wenn sie auch nicht ausdrücklich bedungen, und wenn auch dem Manne auf den Fall des Ueberlebens das Heirathsgut nicht verschrieben worden ist. — Wie aber, wenn ausdrücklich verabredet wäre, daß nach dem Tode des Mannes die Widerlage dem Besteller oder seinen Erben zufallen solle? — In diesem Falle wäre sich freylich nach dem Vertrage zu achten, allein die Widerlage wäre dann ein bloßes Hirngespinst.

6) Welcher Natur ist die Widerlage? — Eine wichtige Frage, deren Beantwortung um so schwieriger ist, als dieselbe keinen sicheren gesetzlichen Ursprung hat; ihr Begriff durch die Gewohnheit sehr schwankend, ja! widersprechend gemacht wurde, und das gegenwärtige Gesetzbuch, welches zwar einen festeren und gleichförmigeren Begriff, als das Josephinische Gesetzbuch zu gründen suchte, diesen Gegenstand in einzigen zwey §§. behandelt. Mehrere österreichische Rechtsgelehrte betrachten die Widerlage, in so fern sie den Betrag des Heirathsgutes überschreitet, als eine Schenkung [1]). Allein Andere sagen: Die Widerlage ist gleichsam als eine Vergeltung der dem Ehegatten durch das Heirathsgut eingeräumten Vortheile zu betrachten, und gründet sich auf einen zweyseitigen entgeldlichen Vertrag. Ob der

1) Wie z. B. Scheidlein, Zuger ꝛc.; dagegen siehe aber Gustermann.

Ehegattinn durch die Bestellung der Widerlage ein größerer Vortheil zugehe, als dem Ehemanne durch die des Heirathsgutes, kann hier eben so wenig die Natur eines entgeldlichen Vertrages verändern, und die Widerlage theilweise zu einer Schenkung umstalten, als der aus besonderer Vorliebe um eine Sache gegebene höhere Kaufschilling, als dieselbe im gewöhnlichen Verkehre angeschlagen wird, gleich einer Schenkung behandelt werden kann. Meine Ansicht dieser Sache erscheint bey Erläuterung des §. 1260 entwickelt.

§. 1231.

Weder der Bräutigam, noch seine Aeltern sind verbunden, eine Widerlage zu bestimmen. Doch in eben der Art, in welcher die Aeltern der Braut schuldig sind, ihr ein Heirathsgut auszusetzen, liegt auch den Aeltern des Bräutigams ob, ihm eine ihrem Vermögen angemessene Ausstattung zu geben (§§. 1220 — 1223).

Nach dem Josephinischen Gesetzbuche waren diejenigen Personen, die den Töchtern und Enkelinnen zu einem Heirathsgute verpflichtet sind, ebenfalls in Ansehung der Söhne und Enkel zur Widerlage verbunden, wenn selbe begehrt wurde. Der gegenwärtige §. hat diese Bestimmung abgeändert, und verbindet die Aeltern des Bräutigams ohne Rücksicht, ob ihnen ein Heirathsgut bestellt worden, in eben der Art, wie die Aeltern der Braut zur Bestellung eines Heirathsgutes, zu seiner Ausstattung (§. 788).

§. 1232.

3) Morgengabe.

Das Geschenk, welches der Mann seiner Gattinn am ersten Morgen zu geben verspricht, heißt Morgengabe. Ist dieselbe versprochen worden; so wird im Zweifel vermuthet, daß sie binnen

den ersten drey Jahren der Ehe schon überreicht worden sey.

1) Da die Morgengabe von dem Gesetze für ein Geschenk erklärt wird; so kann sie nur dann eingeklagt werden, wenn eine schriftliche Zusage darüber besteht. Auch kann sie gleich anderen Schenkungen in den durch die §§. 947 — 954 bezeichneten Fällen widerrufen werden, in so weit selbe hier eintreten können.

2) Das Recht der Ehegattinn, zu fordern, daß ihr die Morgengabe übergeben werde, entsteht gleich am ersten Tage nach der Vermählung, und kann, so lange beyde Ehegatten in ehelicher Verbindung leben, durch die Verjährung nicht verloren gehen, ja selbst nach aufgelöster Ehe ist es der Ehegattinn oder ihren Erben noch binnen einem Zeitraume von dreyßig Jahren gestattet, die Uebergabe derselben zu fordern (§§. 1478 u. 1495). Ist es jedoch zweifelhaft, ob die verheißene Morgengabe schon überreicht worden sey oder nicht; so kömmt es darauf an, ob die Ehegatten drey Jahre in der Ehe lebten oder nicht? — Im ersteren Falle streitet die Vermuthung für die bereits geschehene Ueberreichung derselben, und es liegt der Gattinn oder ihren Erben der sehr schwierige (verneinende) Beweis des Gegentheiles ob. Im letzteren Falle aber steht dem Gatten zu, darzuthun, daß er die Morgengabe bereits eingehändiget habe.

3) Da der Regel nach alle aus Verträgen entspringenden Rechte auf die Erben der Vertrag schließenden Theile übergehen (§. 918), wenn sie anders nicht auf bloß persönlichen Verhältnissen und Fähigkeiten beruhen; so ist kein Zweifel, daß die Gattinn das aus dem Vertrage erworbene Recht, eine Morgengabe zu fordern, auf ihre Erben übertrage, so wie auch die Erben des Mannes zur Erfüllung dieses Versprechens verhalten werden können. Doch kann ich der Behauptung Scheidleins, daß dieses selbst in dem Falle Statt habe, wenn die Ehegattinn vor Anbruch des ersten Morgens gestorben wäre, nicht beystimmen. Denn unter dem Ausdrucke: „erster Morgen" wird ohne Zweifel der erste Morgen der Ehe verstanden; ob aber für die Ehe ein erster Morgen kommen werde, ist ungewiß; es ist

also hier diese Einschränkung als eine Bedingung anzusehen (§. 704), vor deren Eintreffen die Gattinn noch kein Recht auf ihre Erben übertragen konnte.

§. 1233.

4) Gütergemeinschaft.

Die eheliche Verbindung allein begründet noch keine Gemeinschaft der Güter zwischen den Eheleuten. Dazu wird ein besonderer Vertrag erfordert, dessen Umfang und rechtliche Form nach den §§. 1177 u. 1178 des vorigen Hauptstückes beurtheilt wird.

1) Der Begriff einer Gütergemeinschaft überhaupt, und der vertragsmäßige insbesondere ist bereits anderswo bestimmt worden (§§. 825 u. 1175). In älteren Zeiten bestand in Oesterreich die für ein Recht gehaltene Gewohnheit, vermög welcher vorzüglich auf dem Lande das während der Ehe erworbene Vermögen als ein zwischen den Eheleuten gemeinschaftliches Gut angesehen wurde. Dieser Gewohnheit wurde schon durch das Josephinische bürgl. Gesetzbuch III. §. 97 alle gesetzliche Kraft abgesprochen. Das gegenwärtige allgemeine bürgl. Gesetzbuch, welches überhaupt allen Gewohnheiten die Gesetzeskraft entzogen hat, verordnet hier ausdrücklich, daß zur Errichtung einer Gütergemeinschaft zwischen Eheleuten ein besonderer Vertrag erfordert werde, und daß die eheliche Verbindung für sich allein noch keine Gemeinschaft der Güter begründe. — Daraus folgt aber noch keineswegs, daß eine Gütergemeinschaft bey Eheleuten nur durch einen Vertrag, und nicht auf die im §. 825 angezeigte anderweitige Arten, als z. B. durch zufällige Ereignung, letzte Willens-Erklärung u. s. w. entstehen könne. Wenn z. B. ein Erblasser zweyen Eheleuten eine untheilbare Sache legiret, so werden ohne Zweifel beyde Ehegatten gemeinschaftliche Eigenthümer dieser Sache werden, ohne daß sie dießfalls einen Vertrag unter sich zu errichten nöthig hätten. Denn der Gesetzgeber wollte offenbar die schon im Allgemeinen aufgeführten Arten, wie eine

Gemeinschaft der Güter entstehen könne, keineswegs in Bezug auf Ehegatten aufheben, und selbe bloß auf Verträge beschränken; sondern seine Absicht war nur, dem Ehevertrage an und für sich die Begründung einer Gemeinschaft zu entziehen. Denn den Ehegatten sollen nach der Absicht des Gesetzgebers hinsichtlich auf Gütergemeinschaft keine mehreren Rechte und Pflichten als anderen Personen zustehen; aber es lag keineswegs in seiner Tendenz die Ehegatten hinsichtlich dieses Gegenstandes noch mehr, als die übrigen, in dieser Verbindung nicht stehenden Personen zu beschränken.

2) Was unter einer allgemeinen oder besonderen Gütergemeinschaft begriffen sey, und in welcher Form die letztere, um gültig zu seyn, errichtet werden müsse, ist oben (§§. 1171 — 1178) bestimmt worden.

§. 1234.

Die Gütergemeinschaft unter Ehegatten wird in der Regel nur auf den Todesfall verstanden. Sie gibt dem Ehegatten das Recht, auf die Hälfte dessen, was von den der Gemeinschaft wechselseitig unterzogenen Gütern nach Ableben des anderen Ehegatten noch vorhanden seyn wird.

1) Ein Vertrag über eine Gemeinschaft der Güter äußert der Regel nach seine Wirkung gleich nach Errichtung derselben. Nur bey Ehegatten macht das Gesetz hier eine Ausnahme, indem es anordnet, daß die Gütergemeinschaft unter Ehegatten in der Regel nur auf den Todesfall verstanden werde; wobey es sich übrigens von selbst versteht, daß es dem Ehegatten frey stehe, die Gemeinschaft ausdrücklich auf die Lebenszeit auszudehnen. Die Ausnahmen von der Regel, daß diese Gütergemeinschaft nur auf den Todesfall eine Wirkung habe, werden weiter unten vorkommen. Die Gütergemeinschaft, sie mag eine allgemeine oder parcielle seyn, hindert also keinen Ehegatten mit seinem Vermögen während beyder Lebzeiten nach Gutdünken zu verfügen; er kann sich desselben auf was immer für eine Art entäußern,

ohne daß der andere Ehegatte ihm der errichteten Gütergemeinschaft wegen dagegen Hindernisse in den Weg legen könnte.

2) Allein nach dem Ableben eines Ehegatten gebührt dem überlebenden Theile die Hälfte von dem der allgemeinen besonderen oder individuellen Gemeinschaft (§. 1176) unterzogenen reinem Naßlasse (§. 1235). Die andere Hälfte fällt den Erben des verstorbenen Gatten oder den von ihm bedachten Personen zu. Dabey versteht es sich, wie bereits Herr Hofrath v. Zeiller in seinem Commentare bemerkt, von selbst, daß die nicht frey vererblichen Güter (wie Lehen oder Fideicommisse) oder solche, die durch besonderes Uebereinkommen ausgenommen sind, zur Theilung nicht geeignet seyn.

3) Da eine solche allgemeine oder parcielle Gütergemeinschaft während den Lebzeiten keine Wirkung nach sich zieht, sondern solche nur bey dem Todesfalle eines oder des anderen Gatten hervorbringt, folglich als eine letztwillige Anordnung angesehen werden kann; so ist es leicht, auf die Meinung zu gerathen, daß der Vertrag über eine solche Gütergemeinschaft, mit eben jenen Förmlichkeiten versehen seyn müsse, welche bey einer sonstigen Erklärung des letzten Willens vorhanden seyn müssen. — Es ist daher für alle Fälle räthlich, diese Förmlichkeiten bey Errichtung eines solches Vertrages nicht zu vernachlässigen, obschon ich der Meinung bin, daß die Beobachtung dieser Förmlichkeiten zur Gültigkeit des Vertrages, wodurch eine solche Gütergemeinschaft errichtet wird, nicht wesentlich nothwendig sey. Denn außer den letztwilligen Anordnungen im eigentlichen Sinne des Wortes, hat das Gesetz nur für die eigentlichen Erbverträge die Beobachtung dieser Förmlichkeiten vorgeschrieben, würde man daher diese Förmlichkeiten auch bey einer Gütergemeinschaft unter Ehegatten, die nur auf den Todesfall eines Ehegatten sich versteht, für wesentlich nothwendig halten; so könnte dieses nur durch eine ausdehnende Erklärung des §. 1249 geschehen, welche jedoch nicht Statt hat.

4) Ist in den Ehepacten ausdrücklich angeordnet worden, daß die Gütergemeinschaft auch schon für die Lebenszeit der Ehegatten gelten soll; so bleibt es bey dieser Anordnung. Denn das

Gegentheil gründet sich bloß auf eine Vermuthung, die durch eine ausdrückliche Gegenerklärung aufgehoben wird. — Es darf daher in diesem Falle kein Theil über das der Gemeinschaft unterzogene Vermögen wenigstens der Substanz nach mehr gültig verfügen, und es frägt sich nur, ob der eine Ehegatte in diesem Falle auch die Nutzungen seines der Gemeinschaft unterzogenen Vermögens mit dem andern Ehegatten bey Lebzeiten schon theilen müsse? — Die bejahende Beantwortung dieser Frage scheint gar keinem Zweifel zu unterliegen, wenn man nicht die Analogie des §. 1236 entgegensetzet, und aus diesem §. die Folgerung ableitet, daß die Nutzungen der Substanz noch immer dem früheren Eigenthümer zu Guten kommen; allein man würde, wenn man dieses behaupten wollte, den §. 1236 ausdehnend anwenden, ohne daß der Fall vorhanden wäre, in welchem nach §. 7 eine ausdehnende Anwendung des Gesetzes erlaubt ist. Denn da der Eigenthümer der Substanz einer Sache auch zugleich Herr der Früchte ist (§. 354); so versteht es sich von selbst, daß der gemeinschaftliche Eigenthümer der Substanz der Sache auch auf die Hälfte der Früchte gesetzlichen Anspruch zu machen habe.

§. 1235.

Bey einer Gemeinschaft, die sich auf das ganze Vermögen bezieht, sind vor der Theilung alle Schulden ohne Ausnahme; bey einer Gemeinschaft aber, die bloß das gegenwärtige, oder bloß das künftige Vermögen zum Gegenstande hat, nur diejenigen Schulden abzuziehen, die zum Nutzen des gemeinschaftlichen Gutes verwendet worden sind.

1) In dem Falle, als sich die Gütergemeinschaft nach dem oben Gesagten erst nach dem Tode eines oder des anderen Ehegatten äußert, ist zu unterscheiden, ob sich die Gemeinschaft auf das ganze Vermögen bezieht, oder bloß das gegenwärtige, oder bloß das zukünftige Vermögen der Gegenstand dieser Gütergemeinschaft ist. Im ersteren Falle sind vor der Theilung alle

Schulden ohne Ausnahme, folglich die des verstorbenen Ehegatten sowohl, als die des noch Lebenden von dem gesammten Vermögen abzuziehen; aus diesem Abzuge stellt sich das reine Verlassenschafts-Vermögen dar, das daher hierauf in zwey gleiche Theile getheilt wird, wovon eine Hälfte die gesetzlichen oder testamentarischen Erben des verstorbenen Ehegatten, die andere Hälfte aber der überlebende Ehegatte erhalten. — Das Gesetzbuch redet bloß von dem Abzuge der Schulden, und erwähnt nichts von den Legaten, welche vielmehr, so wie alle übrigen durch letztwillige Anordnungen getroffene Verfügungen bloß den Erben des verstorbenen Ehetheiles zur Last fallen, die sie lediglich aus ihrer Hälfte bestreiten müssen. Ist nebst der Gütergemeinschaft auch ein Heirathsgut und Widerlage bedungen, so kömmt es jedesmahl auf die Auslegung des Vertrages selbst an, ob nähmlich aus dem Zusammenhange der Worte oder aus anderen Umständen der Wille der Vertrag schließenden Theile hervorleuchte, daß diese Gegenstände noch vor der Theilung des Vermögens bezogen werden sollen oder nicht. Denn es geschieht nicht selten, daß die Contrahenten unter Heirathsgut und Widerlage nur dasjenige Vermögen bezeichnen wollen, was die Braut und der Bräutigam in die eheliche Gemeinschaft mitbringen. Ist die Gemeinschaft auf das ganze Vermögen geschlossen, die Erbfälle aber nicht ausdrücklich darunter begriffen, folglich stillschweigend ausgeschlossen worden; so versteht es sich von selbst, daß auch die Schulden, welche ein Ehegatte mit der Erbschaft übernimmt, zum Abzuge von dem gemeinschaftlichen Vermögen nicht geeignet sind, sondern demjenigen Ehegatten, der durch Erbschaft ein Vermögen erworben hat, allein zur Last fallen.

2) Bezieht sich dagegen die Gemeinschaft bloß auf das gegenwärtige, oder bloß auf das künftige Vermögen der Ehegatten; so geschieht die Theilung des der Gemeinschaft unterzogenen Vermögens nach dem Tode des einen Ehegatten in der Regel ohne Rücksicht auf die Schulden, die derselbe oder der überlebende Ehegatte gemacht hat. Ist daher z. B. nur das gegenwärtige Vermögen, das die Ehegatten bey ihrer Verehelichung besaßen, der Gütergemeinschaft unterzogen worden; so fällt die-

ses zur Hälfte dem überlebenden Ehegatten zu, die andere Hälfte macht in Vereinigung mit dem erst während der Ehe von ihm selbst erworbenen Vermögen die Verlassenschaft des verstorbenen Ehegatten aus. Wenn das zukünftige Vermögen der Gegenstand der Gütergemeinschaft ist, so wird das bey dem Todfalle eines oder des anderen Ehegatten vorhandene Vermögen erhoben, das von jedem der beyden Ehegatten ursprünglich besessene Vermögen hiervon abgezogen, und der Ueberrest als das gemeinschaftliche Eigenthum beyder Ehegatten getheilt. Die hiervon entfallende Hälfte macht nun in Vereinigung des von dem verstorbenen Ehegatten gleich bey Eingehung der Ehe besessenen Vermögens, und mit Inbegriff der von ihm contrahirten oder im anderen Wege entstandenen Schulden die Verlassenschaft desselben aus. Jeder Ehegatte kann sohin, sowohl mit der Hälfte des der Gütergemeinschaft unterzogenen, als über das ihm eigenthümlich verbleibende Vermögen nach Belieben disponiren.

3) Hier dringt sich die Frage zur Beantwortung auf, ob in dem Falle, wenn ein Ehegatte von seinem zugebrachten der Gütergemeinschaft unterzogenen Vermögen, einzelne Sachen veräußert hat, der hiefür eingegangene Kaufschilling unter das gegenwärtige oder zukünftige Vermögen gerechnet werden müsse, und der Gütergemeinschaft zu unterziehen sey, oder nicht? — Daß der für die veräußerte Sache eingehende Kaufschilling nicht in die Gütergemeinschaft über das gegenwärtige Vermögen gezogen werden könne, scheint gewiß zu seyn, weil mit der Veräußerung der Sache auch Vortheil verknüpft seyn kann, welcher Vortheil zum künftigen Vermögen geschlagen werden muß, und nach der Natur der Sache nicht zum gegenwärtigen Vermögen gerechnet werden kann. Man könnte daher höchstens nur behaupten, daß der Schätzungswerth hinzugeschlagen werden solle. Diese Einrechnung des Schätzungswerthes scheint auch wirklich in dem Falle Platz zu greifen, wenn in der errichteten Beschreibung des von beyden Seiten eingebrachten Vermögens der Werth der einzelnen Stücke ausgesetzt erscheinet; weil in diesem Falle anzunehmen ist, daß die Vertrag schließenden Parteyen nicht eigentlich die individuellen Vermögensstücke, sondern nur deren Werth

der Gütergemeinschaft unterzogen haben wollten. Wird aber lediglich eine Beschreibung der in die Gemeinschaft gebrachten Stücke ohne Ansetzung des Schätzungspreises verfasset, so können auch nur die individuellen Güter in der Gemeinschaft begriffen angesehen werden, und es kann von Vergütung oder Einrechnung eines Schätzungspreises keine Rede seyn.

4) Es gibt aber von der allgemeinen Regel, daß im Falle einer bedungenen partiellen Gütergemeinschaft die Schulden, welche der eine oder andere Theil während der Ehe gemacht hat, vor der Theilung des gemeinschaftlichen Vermögens nicht abzuziehen seyn, eine Ausnahme in Betreff derjenigen Schulden, die zum Nutzen des gemeinschaftlichen Gutes verwendet worden sind. Es kömmt hier vorerst auf die Bestimmung an, was der Gesetzgeber hier unter dem Ausdrucke „gemeinschaftliches Gut" verstanden habe? — Mehrere Practiker zählen unter diese Schulden diejenigen, welche zum Behufe des gemeinschaftlichen Haushaltes gemacht worden sind. Allein diese Schulden müssen immer dem Manne allein, besonders wenn er sie selbst contrahirt hat, zur Last fallen, weil er es ist, der seine Familie zu erhalten hat. — Unter dem Ausdrucke „gemeinschaftliches Gut" können daher nur jene Vermögensstücke begriffen werden, welche in die Gütergemeinschaft gezogen worden sind, und es können daher auch nur diejenigen Schulden, welche zur Aufrechthaltung oder Vervollkommnung derselben contrahirt worden sind, für geeignet zur Abrechnung gehalten werden.

§. 1236.

Besitzt ein Ehegatte ein unbewegliches Gut, und wird das Recht des andern Ehegatten zur Gemeinschaft in die öffentlichen Bücher eingetragen; so erhält dieser durch die Eintragung auf die Hälfte der Substanz des Gutes ein dingliches Recht, vermöge dessen der eine Ehegatte über diese Hälfte keine Anordnung machen kann; auf die Nutzungen aber während der Ehe er-

hält er durch die Einverleibung keinen Anspruch. Nach dem Tode des Ehegatten gebührt dem überlebenden Theile sogleich das freye Eigenthum seines Antheiles. Doch kann eine solche Einverleibung den auf das Gut früher eingetragenen Gläubigern nicht zum Nachtheile gereichen.

1) Außer dem Falle der ausdrücklich für die Lebenszeit der Ehegatten ausgedehnten Gütergemeinschaft, wird auch dadurch, daß eine Gütergemeinschaft zwischen den Ehegatten bey ihren Lebzeiten von keiner Wirkung sey, eine Ausnahme von der Regel begründet, wenn ein zur Gemeinschaft gehöriges unbewegliches Gut vorhanden, und das Recht zur Gemeinschaft dem öffentlichen Buche einverleibt ist. In diesem Falle erwirbt der eine Ehegatte ein dingliches Recht auf die Hälfte der Substanz des Gutes, wenn ihm der andere Theil keinen Abbruch thun kann.

2) Von diesem Zeitpuncte an darf also jeder Theil auch durch Handlungen unter Lebenden nur über die ihm gebührende Hälfte verfügen. — Jede eigenmächtige Verpfändung, Belastung oder Veräußerung des Gutes beschränkt sich daher nur auf die Hälfte der Substanz des Gutes. Auf die Nutzungen desselben gibt die Einverleibung kein Recht, diese bleiben jenem Theile, der das Gut ursprünglich besessen, oder aus seinem Erwerbe angeschafft hat, vorbehalten. — Daß übrigens die Einverleibung auf die Substanz den Rechten der früher auf das Gut eingetragenen Gläubiger keinen Abbruch thun könne, fließt schon aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen.

3) Damit aber das Recht des einen Ehegatten zur Gemeinschaft in die öffentlichen Bücher eingetragen werden könne, muß die dießfällige Urkunde mit allen in dem §. 435 bezeichneten Eigenschaften versehen seyn, und insbesondere muß die Einwilligung des anderen Ehegatten hinzutreten. Wäre diese nicht vorhanden, so könnte nicht einmahl die Pränotirung des Rechtes zur Gemeinschaft verlangt, und noch weniger gerechtfertiget werden; denn indem die Ehegatten eine Gütergemeinschaft unter sich eingehen, erwerben sie zufolge §. 1234 in der Regel nur

für den Todesfall ein Recht, und es hat durch diesen Vertrag kein Ehegatte einen Rechtstitel auf die schon bey Lebzeiten in Wirkung tretende Gemeinschaft des Eigenthums erlangt. — Von dieser allgemeinen Regel hat auch der Gesetzgeber hinsichtlich der unbeweglichen Güter keine Ausnahme im Allgemeinen, sondern nur für den Fall festgesetzt, wenn ein Ehegatte ein unbewegliches Gut besitzt, und das Recht des anderen Ehegatten zur Gemeinschaft in die öffentlichen Bücher eingetragen wird. Dieser Ausnahmsfall setzt sohin die Eintragung voraus, und man würde daher offenbar in eine petitio principii verfallen, wenn man diesen §. auch bey Beantwortung der Frage, ob diese Eintragung auch wider den Willen des das unbewegliche Gut besitzenden Ehegatten geschehen könne, in Anwendung bringen wollte [1]). Das Resultat aus dem Gesagten ist folgendes: a) Da die Gütergemeinschaft der Ehegatten der Regel nach nur auf den Todesfall verstanden wird, so hat in dem Falle, als unbewegliche Güter in der Gemeinschaft begriffen sind, kein Ehegatte ein Recht, einseitig durch Vormerkung des Vertrages den vermutheten Sinn desselben abzuändern; b) gibt indessen der andere Theil seine Einwilligung zur Eintragung der Gemeinschaft in das öffentliche Buch, so erklärt er auch zugleich stillschweigend, daß er von der Regel, vermög welcher sich die Gütergemeinschaft bloß auf das bey dem Todesfalle eines der beyden Ehegatten vorhandene Vermögen beziehet, hinsichtlich auf das befragliche unbewegliche Gut eine Ausnahme machen wolle, und läßt der eine Ehegatte hierauf das Recht der Gemeinschaft auf das unbewegliche Gut auch wirklich eintragen, so wird der andere Ehegatte in Rücksicht desselben auch dergestalt gebunden, daß er über diese Hälfte keine Anordnung mehr machen kann. Hievon würde nur der Fall eine Ausnahme machen, wenn in dem Vertrage die Gütergemeinschaft ausdrücklich nur für den Todesfall bedungen worden wäre, und in eben diesem Vertrage, oder wenigstens in einer zur gleichen Zeit ausgefertigten besonderen Ur-

1) Man sehe meine Darstellung der Rechte der Ehegatten, §. 135, wo dieser Punct ausführlich auseinander gesetzt ist.

kunde das Befugniß zur Einverleibung des Vertrages eingeräumet worden wäre.

4) Was wäre aber in dem Falle Rechtens, wenn ein Ehegatte intabulirte Capitalien besitzt, und das Recht zur Gemeinschaft auf dieselben in den öffentlichen Büchern superintabulirt wird? — Da der gegenwärtige §. nur von einer unbeweglichen Sache redet, und nach §. 299 ein intabulirtes Capital darunter nicht gerechnet werden kann; so scheint obige Frage dahin beantwortet werden zu müssen, daß die Superintabulation des Rechtes zur Gemeinschaft dem Eigenthümer der intabulirten Capitalien nicht hindere während seiner Lebenszeit mit demselben nach Belieben zu schalten. — Allein geht man auf den Grund des Gesetzes zurück, so scheint wegen Gleichheit des Grundes behauptet werden zu müssen, daß auch durch die Superintabulation des dem anderen Theile eingeräumten Rechtes zur Gemeinschaft dem früheren Eigenthümer nur mehr das Dispositionsrecht über die eine Hälfte des Capitals frey bleibe. Denn der Grund des Gesetzes, warum durch die Eintragung des Rechtes zur Gemeinschaft in die öffentlichen Bücher das Dispositionsrecht des ursprünglichen Eigenthümers schon bey Lebzeiten der beyden Ehegatten beschränkt werde, liegt offenbar darin, weil schon in der Bewilligung zu dieser Eintragung die Erklärung stillschweigend zu liegen scheint, daß die Gemeinschaft schon von diesem Zeitpuncte der Eintragung an wirksam seyn solle, und durch die vollzogene Einverleibung die rechtliche Uebergabe der Sache in das gemeinschaftliche Eigenthum des anderen vor sich geht (§. 431). Freylich ist die Gleichheit des Grundes an und für sich nicht hinreichend, die bloß eine Sache beschränkte Verfügung auch auf eine andere auszudehnen; allein da der §. 445 dasjenige, was ausdrücklich nur für unbewegliche Sachen vorgeschrieben ist, auch auf die übrigen, auf unbewegliche Sachen sich beziehenden Rechte ausdehnet, und es sich im vorliegenden Falle eben so, wie im §. 445 um die Erwerbungsart eines Eigenthumsrechtes handelt; so dürfte das, was im gegenwärtigen §. von einem unbeweglichen Gute verordnet wird, auch auf ein solches intabulirtes Capital angewendet werden.

§. 1237.

5) Verwaltung und Nutznießung des ursprünglichen oder erworbenen Vermögens.

Haben Eheleute über die Verwendung ihres Vermögens keine besondere Uebereinkunft getroffen; so behält jeder Ehegatte sein voriges Eigenthumsrecht, und auf das, was ein jeder Theil während der Ehe erwirbt, und auf was immer für eine Art überkommt, hat der andere keinen Anspruch. Im Zweifel wird vermuthet, daß der Erwerb von dem Manne herrühre.

1) In so weit das Vermögen des einen oder andern Ehegatten auf eine in den §§. 1217 — 1237 erwähnte Art und Weise, oder durch besondere Verträge nicht eingeschränkt worden ist, bleibt er freyer Eigenthümer sowohl von dem, was er zur Zeit der Verehelichung besessen, als was er während der Zeit der Ehe erworben hat. Es steht auch jedem Ehegatten die freye Verwaltung seines Vermögens zu, und die von dem anderen Theile contrahirten Schulden haben auf sein Vermögen keinen Einfluß.

2) Was einem jeden Theile ursprünglich gehörte, läßt sich gewöhnlich aus Urkunden, aus der Beschaffenheit oder Bezeichnung der Gegenstände, oder aus dem stäten ausschließenden Besitze, oder durch Zeugenschaften erkennen. Zweifelhafter ist der Erwerb, besonders bey den unteren Volksclassen, wo auch die Gattinn an dem Erwerbe des Mannes Theil nimmt [1]).

3) Wichtig ist die Beantwortung der Frage: für wessen Eigenthum im Zweifel die Vermuthung streite? — Um diese Frage gehörig zu beantworten, muß zwischen dem ursprünglichen Vermögen beyder Ehegatten, welches sie zur Zeit ihrer Verehelichung besaßen, und zwischen dem Erwerbe unterschieden werden. Hinsichtlich des Letzteren wird vermuthet, daß er von dem Manne herrühre. Diese Vermuthung läßt jedoch einen Gegenbeweis

1) Siehe v. Zeiller's Commentar Nr. 1. u. 2.

zu, der aus den oben Nr. 2. erwähnten Behelfen, oder aus einem von dem Vermögen des Mannes abgesondert geführten Gewerbe, oder aus anderen in dem Gesetze gegründeten stärkeren Vermuthungen geführet wird.

4) Aus der Anordnung des Gesetzes, daß im Zweifel der Erwerb von dem Manne herrührend vermuthet werde, läßt sich keineswegs folgern, daß, wenn es zweifelhaft ist, ob ein Theil des ursprünglichen Vermögens dem Manne oder der Frau gehöre, derselbe als ein Eigenthum des Ersteren betrachtet werden müsse, eben so wenig läßt sich hieraus schließen, daß im Zweifel, ob das Vermögen erst erworben oder von einem der beyden Ehegatten schon ursprünglich besessen worden sey, die Vermuthung für das Erstere streite. — Denn die Worte des Gesetzes können nicht nur allein nicht dahin ausgedehnt werden, sondern auch der Grund des Gesetzes findet hier keine Anwendung. Das Gesetz ladet nähmlich an anderen Orten dem Manne die Pflicht auf, seiner Gattinn und den Kindern den anständigen Unterhalt zu verschaffen, und verbindet die Gattinn, ihm zu diesem Zwecke in der Haushaltung und Erwerbung nach Kräften beyzustehen (§. 92), ohne daß sie dafür einen Lohn oder Gewinnstantheil anzusprechen hätte; der Gesetzgeber betrachtet also schon durch diese Bestimmung den Mann als den eigentlich erwerbenden Ehetheil, und seine Gattinn nur als Gehülfinn in seinem Erwerbe; es ist also die im gegenwärtigen §. aufgestellte Vermuthung, daß im Zweifel der Erwerb von dem Manne herrührend angenommen werde, eine consequente Folgerung aus den diesen Gesetzesstellen zum Grunde liegenden Principien. — Diese Grundsätze lassen sich aber keineswegs auch auf das ursprüngliche Vermögen anwenden, in dieser Hinsicht ist kein vernünftiger Grund da zu vermuthen, daß nur der Ehemann, nicht auch die Ehefrau bey Schließung der Ehe ein Vermögen besessen habe, überdieß ist auch die Lösung des Zweifels, wer von beyden Ehegatten ein, und welches Vermögen besessen habe, weit weniger Schwierigkeiten unterworfen, folglich auch hier die Aufstellung einer gesetzlichen Vermuthung viel weniger nothwendig, als bey dem ungleich zweifelhafteren Erwerbe. — Aus allem diesen folgt,

daß der gewöhnlich angeführte Grundsatz: quod in dubio omnia mariti praesumantur, in seiner vollen Ausdehnung keine Anwendung finde.

5) Eine ganz ungegründete, ja in gewisser Hinsicht unnatürliche Vermuthung wäre es, wenn man im Zweifel, ob ein Theil des Vermögens erst erworben, oder schon ursprünglich besessen worden sey, das Erstere annehmen wollte. Die Voraussetzung, daß die Ehegatten schon bey ihrer Verehelichung Vermögen besessen haben, ist doch ungleich mehr in der Natur der Sache und dem gewöhnlichen Laufe der Dinge gegründet, als das Gegentheil; jene Vermehrung und Vergrößerung des ursprünglichen Vermögensstandes aber ist ein neues Factum, das erwiesen werden muß und nicht vermuthet wird.

6) Nur also, wenn erwiesen ist, daß ein Theil des ehelichen Vermögens erworben (nicht auch ererbt) worden sey, wird vermuthet, daß dieser Theil dem Manne angehöre, in allen übrigen Fällen müssen sowohl er, als seine Erben und Gläubiger das Eigenthum auf rechtliche Art erweisen, oder einen anderen gesetzlichen Grund dieser Vermuthung anführen. Ein solcher gesetzlicher Grund ist der Besitz. Welcher der Ehegatten sich im Besitze des von dem anderen Theile angesprochenen Vermögens befindet, für diesen streitet auch der Regel nach die gesetzliche Vermuthung, daß es ihm eigenthümlich angehöre (§§. 323 u. 372), und liegt daher demjenigen Theile, der es als sein Eigenthum anspricht, der Beweis ob. — Ist aber kein Ehegatte ein ausschließender Besitzer dieses Vermögens-Antheiles, sondern besitzen beyde Ehegatten denselben gemeinschaftlich; so muß aus eben diesem Grunde vermuthet werden, daß dieses gemeinschaftlich besessene Vermögen den beyden Ehegatten gemeinschaftlich angehöre. Diese Behauptung scheint zwar dem Wortlaute des §. 1233 entgegen zu stehen, zufolge welchem eine Gütergemeinschaft bey Eheleuten nicht vermuthet, sondern hierzu ein besonderer Vertrag erfordert wird. Allein es scheint auch nur so; denn der Gesetzgeber wollte, wie schon bey Erläuterung des §. 1233 erwähnt worden ist, durch die in diesem §. enthaltene Anordnung nur jene in anderen Ländern, und auch in früheren Zeiten in Oester-

reich den Ehegatten als solchen zugestandene Vermuthung entkräften, nicht aber von dem allgemein gültigen Satze, daß der Besitzer einer Sache auch so lange als Eigenthümer derselben vermuthet werde, bis nicht ein Dritter sein Eigenthums- oder überhaupt ein stärkeres Recht hierauf erwiesen hat, und daß folglich auch der gemeinschaftliche Besitzer als gemeinschaftlicher Eigenthümer angesehen werden müsse, eine Ausnahme bey den Ehegatten machen. Nach diesen hier aufgestellten Grundsätzen müßte daher bey dem Todesfalle, einem Concurse oder der Realexecution eines Ehegatten verfahren werden.

7) Bey Beantwortung der Frage: ob das eigene Geständniß eines Ehegatten für den anderen einen Beweis des Eigenthumes mache? muß unterschieden werden, ob ein Ehegatte selbst oder dessen Erben gegen den anderen Ehegatten auftreten, oder ob es derselbe mit den Gläubigern des anderen Ehegatten zu thun habe? — Im ersten Falle kann das Geständniß des anderen Ehegatten allerdings als Beweismittel gegen ihn und seine Erben angewendet werden, und dasjenige, was dieser selbst als ein Eigenthum des anderen anerkannt und eingestanden hat, ist durch dieses Geständniß vollkommen als ein Eigenthum des anderen Ehegatten erwiesen; nur muß dieses Geständniß, wenn es außergerichtlich geschieht, gleich jedem anderen außergerichtlichen Geständnisse auf Befragen Jemandens abgelegt worden seyn, von dem der gestehende Ehegatte wußte, daß ihm daran gelegen sey, die Wahrheit zu erfahren. — Sind hingegen die Gläubiger des einen Ehegatten die Gegner, welche dem vorgegebenen Eigenthume des anderen Ehegatten widersprechen; so scheint dieses Geständniß nur dazumahl als ein Beweis gelten zu können, wenn es bereits früher abgelegt worden ist, als die Gläubiger mit ihren Ansprüchen aufgetreten sind [1]). Diese Behauptung

1) Es kann nähmlich leicht der Fall eintreten, daß die Gläubiger des einen Ehegatten auf Sachen greifen, die dem anderen Ehegatten gehören. In diesem Falle wird wohl der Letztere gegen die Pfändung protestiren; ist er nun im Stande eine ihm schon früher von seinem Mitgatten ausgestellte Urkunde beyzubringen, worin diese Sachen als dessen Eigenthum bestatigt sind, oder kann er erweisen, daß sein Mitgatte schon früher bey einer anderen Gelegenheit eingestanden habe, daß diese Sachen sein (protestirenden Gatten) Eigenthum sey; so werden diese Sachen auch als solches anerkannt werden müssen.

kann zwar mit keinem ausdrücklichen Gesetze unterstützt werden, da hierüber keines vorhanden ist; aber eben wegen dieses Mangels eines ausdrücklichen Gesetzes rechtfertigt sich hier nach §. 7 die analogische Anwendung der Gesetze. Ein mit diesem ähnlicher Fall ist nähmlich in dem §. 1226 erwähnt und entschieden.

§. 1238.

So lange die Ehegattinn nicht widersprochen hat, gilt die rechtliche Vermuthung, daß sie dem Manne als ihrem gesetzmäßigen Vertreter die Verwaltung ihres freyen Vermögens anvertraut habe.

1) Obschon jeder Ehegatte mit seinem Vermögen nach Belieben disponiren, und dasselbe entweder selbst verwalten, oder die Verwaltung dem anderen Ehegatten überlassen kann; so streitet doch die Vermuthung für den Umstand, daß die Gattinn dem Manne die Verwaltung ihres Vermögens anvertraut habe. Nimmt sich daher der Mann dieser Verwaltung wirklich an, so wird die Gestattung der Ehegattinn so lange für richtig angenommen, bis dieselbe ihren Widerspruch geäußert hat.

2) Da durch die Scheidung von Tisch und Bett das Eheband nicht aufgelöset wird, so könnte der Zweifel entstehen, ob nicht auch ein geschiedener Ehegatte, der sich um die Vermögens-Verwaltung seiner geschiedenen Gattinn annimmt, ebenfalls in so lange als ihr Bevollmächtigter angesehen werden müsse, bis sie der Verwaltung ausdrücklich widersprochen hat? — Die Lösung dieses Zweifels hängt von der Beantwortung der Vorfrage ab, ob auch ein geschiedener Ehegatte noch der gesetzliche Vertreter seiner Ehegattinn bleibe? — weil der gegenwärtige §. diese Vermuthung ausdrücklich auf den Umstand gründet, daß der Mann der gesetzliche Vertreter seiner Gattinn sey. — Sie muß also nothwendig in allen jenen Fällen zu wirken aufhören, in welchen die Pflicht und das Recht des Mannes, seine Gattinn zu vertreten, in Anwendung kommt. Dieses ist aber bey der Scheidung von Tisch und Bett der Fall, wie bey Erläuterung des §. 103 Nr. 1 lit. c nachgewiesen worden ist.

3) Außer dem Falle einer ausdrücklichen Widerrufung hört diese stillschweigende Bevollmächtigung ohne Zweifel auch in dem Falle auf, wenn eines von beyden Ehegatten in Concurs verfällt; denn zufolge des folgenden §. wird der Ehegatte in Bezug auf eine solche Verwaltung überhaupt wie ein anderer bevollmächtigter Sachwalter angesehen; es muß sich daher seine Vollmacht gleich der eines anderen Bevollmächtigten mit dem Ausbruche eines Concurses über das Vermögen des einen oder des anderen Ehegatten endigen (§. 1024).

4) Ist die Gattinn minderjährig, so steht sie zwar in Rücksicht ihrer Person unter der Gewalt des Mannes (§. 171), in Hinsicht auf das Vermögen aber steht sie, wenn ihr Vater noch am Leben ist, unter der Curatel desselben. Ist der Vater nicht mehr am Leben, so wird ihr Vermögen durch ihren bisherigen Vormund in der Eigenschaft eines Curators verwaltet, wenn nicht das Gericht die Curatel dem Manne übertragen hat (§. 260). Daher kann sich der Ehemann, wenn ihm die Verwaltung des Vermögens seiner Frau nicht ausdrücklich von dem Gerichte übertragen worden ist, um dieselbe nicht annehmen. Es redet der gegenwärtige §. auch nur von der Vermuthung, daß die Gattinn dem Manne die Verwaltung ihres Vermögens anvertraut habe, welches Anvertrauen aber dem Manne kein Recht geben kann, da die Gattinn selbst nicht befugt ist, mit ihrem Vermögen zu schalten.

5) Ist der Mann minderjährig, und die Frau großjährig, so stehet ersterer der Regel nach entweder noch unter der väterlichen, oder wo diese nicht mehr Platz greift, unter der vormundschaftlichen Gewalt. Bey dem Umstande nun, daß er nicht einmahl sein eigenes Vermögen verwalten kann, kann er sich um so weniger der Vermögens-Verwaltung seiner Gattinn annehmen. Aus diesem Grunde scheint auch hier die Vermuthung nicht Platz zu greifen, daß die Ehegattinn dem Manne die Verwaltung ihres freyen Vermögens anvertraut habe, obschon eine solche Bevollmächtigung an und für sich nicht ungültig wäre (§ 1018). Denn diese Vermuthung stützet sich, wie bereits erwähnt wurde, lediglich auf den Umstand, daß der Mann ge-

setzlicher Vertreter seiner Gattinn sey; so lange er aber noch minderjährig ist, kann er seine Gattinn in Bezug auf ihr Vermögen um so weniger vertreten, als er selbst in eigenen Angelegenheiten weder als Kläger noch als Geklagter vor Gericht erscheinen kann, sondern nur von seinem Vormunde vertreten werden muß (§. 273).

6) In dem Falle, als beyde Ehegatten minderjährig sind, wird ihr Vermögen ohnehin abgesondert vormundschaftlich verwaltet, und es treten hierbey keine besonderen Rücksichten ein.

§. 1239.

Der Ehegatte wird in Rücksicht einer solchen Verwaltung zwar überhaupt wie ein anderer bevollmächtigter Sachwalter angesehen; doch haftet er nur für das Stammgut oder Capital. Ueber die während der Verwaltung bezogenen Nutzungen ist er, wenn es nicht ausdrücklich bedungen worden, keine Rechnung schuldig; diese wird vielmehr bis auf den Tag der aufgehobenen Verwaltung für berichtigt angesehen.

1) Der Ehegatte wird in Rücksicht einer solchen Verwaltung überhaupt, wie ein anderer bevollmächtigter Sachwalter angesehen. Da es nun aber mehrere Arten Vollmachten gibt, nähmlich allgemeine und besondere, unumschränkte oder beschränkte; so entsteht die Frage, ob der Mann in allen Geschäften als ein Bevollmächtigter seiner Gattinn anzusehen sey, oder ob es doch gewisse Geschäfte gebe, welche er ohne einer ausdrücklichen Vollmacht seiner Gattinn einzugehen nicht berechtiget ist, und ob die vermuthete Vollmacht als eine unumschränkte anzusehen sey oder nicht. Die letztere Frage muß ohne Zweifel bejahend beantwortet werden; denn woraus sollten die Gränzen, der Umfang und die Art, wie er die Geschäfte seiner Gattinn betreiben soll, entnommen werden? — er ist folglich, wie jeder unbeschränkt Bevollmächtigte, befugt, das Geschäft nach seinem besten Wissen und Gewissen zu leiten. — Zweifelhafter scheint

aber die Beantwortung der Frage: ob der Mann im Nahmen seiner Gattinn Sachen veräußern oder entgeldlich übernehmen, Anleihen oder Darleihen schließen, Geld oder Geldeswerth erheben, Prozesse anhängig machen, Eide auftragen, annehmen oder zurückschieben, oder Vergleiche schließen könne? denn diese sind Geschäfte, welche eine besondere auf diese Gattung der Geschäfte lautende Vollmacht fordern (§. 1008). Ich glaube, daß der Ehemann nur als ein allgemeiner und uneingeschränkter Bevollmächtigter seiner Gattinn anzusehen sey, und daher zu diesen hier aufgezählten Arten von Geschäften eine ausdrückliche, auf dieselben lautende Vollmacht nöthig habe; denn eine bloß vermuthete allgemeine Vollmacht kann doch keine mehreren Rechtswirkungen haben, als eine ausdrückliche. Um so weniger aber kann er ohne eine besondere auf das einzelne Geschäft lautende Vollmacht eine Erbschaft unbedingt annehmen oder ausschlagen, Schenkungen machen, oder Rechte in ihrem Nahmen unentgeldlich aufgeben u. s. w. (§. 1008).

2) Jedoch gilt das hier eben Gesagte nur in Bezug auf das Stammgut oder Capital; denn über die während der Verwaltung bezogenen Nutzungen ist er der Regel nach keine Rechnung schuldig, diese wird vielmehr bis auf den Tag der aufgehobenen Verwaltung für berichtiget angesehen. Es scheint daher, daß der Gesetzgeber dem Manne mit der Verwaltung zugleich die Fruchtnießung des weiblichen Vermögens zugestanden habe [1]). Allein ich glaube, daß diese Behauptung nicht ganz richtig sey; denn da der Gesetzgeber ausdrücklich beyfügt, daß die Rechnung bis auf den Tag der aufgehobenen Verwaltung für berichtigt angesehen werde, so scheint er dem Ehegatten keineswegs das Recht eingeräumt zu haben, die Nutzungen des Vermögens seiner Ehegattinn sich zuzueignen, sondern stellt vielmehr als eine Vermuthung, die keinen Gegenbeweis zuläßt, den Satz auf: daß der Ehegatte sich als ein getreuer Verwalter des Vermögens seiner Ehegattinn benommen habe. — Kann daher der Ehegatte für eine ordnungswidrige Gebahrung mit den Einkünften seiner

1) S. v. Zeillers Commentar Nr. 3.

Ehegattinn für die Zeit der ihm zugestandenen stillschweigenden Verwaltung nicht zur Rechenschaft gezogen werden; so bleibt er doch immer innerlich verpflichtet, die Nutzungen des Vermögens seiner Ehegattin entweder nur mit ihrem Willen oder zu ihrem Vortheile zu verwenden, welche innerliche Verpflichtung in dem Falle, als er als Fruchtnießer ihres Vermögens anzusehen wäre, nicht Platz greifen könnte. — Wäre der Mann in dieser Verwaltungssache als Fruchtnießer anzusehen, so wären die Gläubiger desselben berechtiget, auch auf diese Nutzungen ihre Hand auszustrecken, was doch gewiß Niemand behaupten wird.

3) Es können daher bey aufgehobener Vermögens-Verwaltung keineswegs jene Verhältnisse eintreten, welche zwischen dem Eigenthümer und Fruchtnießer Statt haben; der Ehegatte wird alle noch in Natur vorhandenen Früchte herausgeben müssen, ausgenommen, wenn er sie schon mit den seinigen vermenget hat; denn in diesem Falle müßten diese Früchte abgesondert werden, was ohne eine Auszeichnung, wie viel davon der Gattinn gehören, folglich ohne Rechnungslegung nicht geschehen könnte. Für jeden Fall muß sich die Gattinn mit der bloßen Angabe ihres Mannes, wie viel von diesen Früchten ihr gehören, begnügen. Auch kann der Ehegatte auf die zur Zeit der beendeten Verwaltung bereits verfallenen, aber noch nicht eingehobenen Nutzungen keinen Anspruch machen. Dieses sowohl als dasjenige, was eben von den bezogenen in Natur noch abgesonderten Früchten gesagt worden ist, ergibt sich daraus, daß der Ehegatte nach Vorschrift des gegenwärtigen §. in ein gleiches Rechtsverhältniß mit demjenigen eintritt, der über eine geführte Verwaltung Rechnung gelegt hat, und dessen Rechnung durchgehends richtig befunden worden ist. Jede richtige Rechnungslegung aber erfordert, daß das, was nach der Rechnung an Activ-Rückständen, oder vorhandener Barschaft, oder Materialvorrath da seyn soll, auch richtig so vorgefunden wird. Es müssen also alle bey aufgehobener Verwaltung bereits verfallenen, jedoch nicht eingehobenen Nutzungen, so wie der vorhandene Vorrath an Früchten ganz so angesehen werden, als wenn selbe nach einer richtigen Rechnungslegung so ausgezeigt worden wären. So wenig nun

ein anderer Gewalthaber und Rechnungsleger auf diese Auslagen und Vorräthe einen Anspruch machen kann, so wenig kann dieses der Ehegatte. — Was ist aber in Betreff der bereits eingehobenen, jedoch noch nicht fälligen Nutzungen Rechtens? — Ich glaube, daß sie der Mann seiner Gattinn herausgeben müsse. — Es scheinen zwar die Worte des gegenwärtigen §. meiner Behauptung entgegen zu stehen, weil sie ausdrücklich sagen, daß der Mann über die während der Verwaltung bezogenen Nutzungen keine Rechnung zu legen schuldig sey, und zwischen bereits fälligen und nicht fälligen Nutzungen keinen Unterschied machen; allein ich glaube dessen ungeachtet, daß das Fälligseyn der Nutzungen hier vorausgesetzt werde. Denn im wahren Sinne des Wortes sind noch nicht verfallene Nutzungen in Bezug auf die Zeit, in der sie bezogen wurden, gar keine Nutzungen; denn es würde ganz unrichtig klingen, wenn derjenige, der ein Capital mit Ein Tausend Gulden zu 5 von Hundert, und ein halbjähriges Interesse anticipiret hat, sagen würde, daß ihm sein Capital während eines halben Jahres fünfzig Gulden eingetragen habe. Jede solche Anticipation ist im Grunde nichts als ein erhaltenes Darlehen, welches zur Verfallzeit im Wege der Compensation wieder getilgt wird. Ueberdieß würde der Ehegatte als bloßer Vermögens-Verwalter in dieser Hinsicht noch gewichtigere Rechte genießen, als der Fruchtnießer, der solche anticipirte Nutzungen ohne Zweifel herausbezahlen müßte. Endlich stehen die §§. 1239 u. 1240 im innigsten Zusammenhange, und das, was von dem Letzteren gilt, muß ohne Zweifel auch auf den Ersteren angewendet werden können. Nun ist es klar, daß die Ehegattinn, obgleich sie den Fruchtgenuß, den sie ihrem Manne abgetreten, aber während der Ehe selbst bezogen hat, zu verehren nicht schuldig ist, bey Einstellung dieser stillschweigend zugestandenen Verwaltung die bezogenen aber nicht verfallenen Nutzungen heraus geben müsse, weil der Ehegatte in diesem Augenblicke in die vollen Rechte eines Fruchtnießers eintritt, daher von selben angefangen den Genuß aller Früchte und Nutzungen anzusprechen hat.

4) Die Frage, ob der Mann, der das weibliche Vermögen verwaltet, den Ersatz des von ihm gemachten Aufwandes fordern könne, wird für den Fall, als er von der Verbindlichkeit, Rechnung zu legen, befreyt ist, durch Commentatoren des bürgerlichen Gesetzbuches verneinend beantwortet [1]). Meiner Meinung nach ist diese Beantwortung auf folgende Art und Weise zu modificiren. — In dem Falle, als der Mann von der Pflicht über die Nutzungen Rechnung zu legen, enthoben ist, und auch wirklich keine Rechnung leget, hat er dießfalls keinen Ersatz anzusprechen, und zwar aus dem bereits vom Herrn Regierungsrathe v. Scheidlein angeführten Grunde, weil die auf die Erhaltung und Benützung der Sache verwendeten Kosten einen Gegenstand der Rechnung ausmachen, und die Rechnung für berichtigt gehalten wird, folglich auch die Kösten für vergütet angesehen werden müssen. — Allein da der gegenwärtige §. nur ausspricht, daß der Ehegatte keine Rechnung zu legen schuldig sey, so läßt sich hieraus noch keineswegs der Schluß ziehen, daß er nicht auch zu einer solchen Rechnungslegung berechtiget sey. Er kann also allerdings, wenn er sieht, daß der zu obigem Zwecke gemachte Aufwand die Nutzungen des Vermögens übersteigt, den Ersatz der nach Abzug der Empfänge noch übrig bleibenden Auslagen ansprechen, jedoch muß er in diesem Falle, obgleich er sonst hierzu nicht verbunden wäre, eine ordentliche Rechnung legen. — Auch glaube ich nicht, daß der Mann in Ansehung der außerordentlichen die Einkünfte übersteigenden Erhaltungs- und Verbesserungs-Kosten als ein Geschäftsführer ohne Auftrag zu behandeln sey; denn, daß derselbe nicht als Fruchtnießer des Vermögens seiner Ehegattinn angesehen werden könne, und daher die in Hinsicht desselben in dem Gesetze enthaltenen Bestimmungen auf die Ehegatten nicht anwendbar seyn, habe ich bereits früher gezeigt; dieser ist vielmehr hier so, wie in anderen Fällen, nach dem wortdeutlichen Inhalte des gegenwärtigen §. wie ein anderer unbeschränkter bevollmächtigter Sachwalter anzusehen. — Nun kömmt in dem Hauptstücke von der Bevollmäch-

1) Siehe v. Zeillers Commentar.

tigung nicht vor, daß der Bevollmächtigte, um einen außerordentlichen Aufwand machen zu dürfen, einer besonderen, entweder auf dieses Geschäft allein, oder überhaupt auf dergleichen Unternehmungen lautenden Vollmacht bedürfe, und der §. 1014 verordnet, daß der Gewaltgeber allen zur Besorgung des Geschäftes nothwendig oder nützlich gemachten Aufwand zu ersetzen habe, und dieses selbst in dem Falle, als der Erfolg ganz fehlgeschlagen hätte. Ist die Ehegattinn, welche die Verwaltung ihres Vermögens ihrem Gatten stillschweigend überlassen hat, anwesend, so liegt ihr ob, darauf zu sehen, welchen Gebrauch derselbe von den ihm eingeräumten Befugnissen machet; thut sie das, so muß sie von der Bestreitung eines solchen außerordentlichen Aufwandes in Kenntniß kommen, kommt sie aber hievon in Kenntniß und duldet denselben, so ist ihre stillschweigende Einwilligung vorhanden. Ist sie aber entfernt, so gilt um so mehr die Vermuthung, daß sie es ihrem Manne überlassen habe zum Vortheile ihrer Sache allen jenen Aufwand zu machen, welchen er nach seinem Wissen und Gewissen zu machen nothwendig oder nützlich findet. — Ich bin daher der Meinung, daß der Ehegatte auch den Ersatz für die auf die Sache seiner Ehegattinn verwendeten außerordentlichen Kosten ansprechen könne.

§. 1240.

Auch die Ehegattinn ist nicht schuldig, den Fruchtgenuß, den sie ihrem Manne abgetreten, aber während der Ehe selbst bezogen hat, zu verrechnen; es steht aber den Ehegatten frey, dergleichen stillschweigend eingestandene Verwaltungen einzustellen.

§. 1241.

In dringenden Fällen, oder bey Gefahr eines Nachtheiles, kann dem Ehemanne die Verwaltung des Vermögens, selbst wenn sie ihm ausdrücklich und auf immer verwilliget worden wäre,

abgenommen werden. Hingegen ist auch er befugt, der unordentlichen Wirthschaft seiner Gattinn Einhalt zu thun, und sie unter den gesetzlichen Vorschriften sogar als Verschwenderinn erklären zu lassen.

1) Wird dem Ehemanne durch eine ausdrückliche Vollmacht der Frau die Verwaltung ihres Vermögens aufgetragen; so steht der Widerruf derselben nicht immer in der Willkühr der Letzteren, sondern es kommt darauf an, ob dem Ehemanne die Verwaltung bloß im Allgemeinen und unbestimmt aufgetragen worden ist, oder nicht. Im ersteren Falle kann sie nach Wohlgefallen widerrufen werden, und der Mann, dem sie anvertraut wird, ist verbunden, die Verwaltung alsdann wieder der Frau als Eigenthümerinn zu überlassen; da durch den Widerruf seine erhaltene Vollmacht ihr Ende erreicht hat (§. 1020). Ist hingegen die Vollmacht auf eine bestimmte Zeit, oder für immer ertheilt worden, so kann sie im ersteren Falle nicht vor Verlauf dieser Zeit, im letzteren während der ganzen Ehe nicht widerrufen werden.

2) Eine Ausnahme von dieser Regel tritt jedoch alsdann ein, wenn das Weib die Schmälerung ihres Vermögens, oder doch eine bevorstehende Gefahr derselben wegen der üblen Verwaltung des Mannes zu erweisen fähig ist. In diesem Falle kann sie die Vollmacht auch vor der darin bestimmten Zeit, oder wenn sie auf beständig lautet, auch während der Ehe widerrufen, und dem Ehegatten die Verwaltung des Vermögens abnehmen.

3) Wenn nun dem Manne die Verwaltung des weiblichen Vermögens entweder stillschweigend überlassen, oder ausdrücklich übertragen worden ist; so ist er in dieser Hinsicht der Regel nach, wie jeder andere Mandatar oder Verwalter eines fremden Vermögens zu betrachten, und also, wie jeder andere Sachwalter, zu handeln verpflichtet, und berechtigt, so fern nicht die Gesetze zu seinem Vortheile besondere Ausnahmen festgesetzt haben.

4) In dieser Hinsicht sind daher drey Fälle zu unterscheiden: denn a) entweder ist dem Manne die bloße Verwaltung übertragen, oder b) es ist demselben auch dabey die Nutz-

nießung des Vermögens überlassen, oder c) es ist demselben nur die Nutznießung des weiblichen Vermögens, nicht aber auch die Verwaltung desselben überlassen worden.

5) Wo eine ausdrückliche Vollmacht vorhanden ist, und diese die Rechte des Mannes bestimmt, da bedarf es keiner weiteren Erläuterung. In diesem Falle ist sich genau an die Vollmacht und deren Inhalt zu binden. Wo aber diese Vollmacht den Umfang der Rechte und der Verpflichtungen nicht genau bezeichnet, da entscheiden folgende Grundsätze.

6) Wenn dem Manne bloß die Verwaltung des weiblichen Vermögens, nicht aber auch zugleich die Nutznießung von der Ehegattinn ausdrücklich übertragen worden ist; so kann er auf die Früchte dieses Vermögens keinen Anspruch machen, sondern sie gehören der Frau als Eigenthümerinn des Vermögens, woraus sie entstanden sind. In Betreff einer solchen, dem Ehegatten ausdrücklich eingeräumten Vermögens-Verwaltung ist übrigens alles dasjenige zu bemerken, was im §. 1239 von der vermutheten Uebertragung der Vermögens-Verwaltung gesagt worden ist.

7) Wenn hingegen dem Manne die Verwaltung und die Nutznießung zugleich überlassen ist, so ist er dadurch auch zu beyden berechtiget; und es versteht sich in diesem Falle von selbst, daß er zur Verrechnung der Nutzungen, worauf er nun gerechte Ansprüche hat, nicht verbunden seyn könne.

8) Wenn das Weib die Nutzungen dem Manne überlassen, dieselben aber dessen ungeachtet selbst eingehoben hat; so haben ihr die Gesetze den nähmlichen Vortheil zugestanden, welchen sie dem Manne, der zu keiner Nutznießung berechtiget war, die Nutzungen aber doch behoben hat, eingeräumt haben. — Auch ist die Frau in einem solchen Falle die Nutzungen nur von der Zeit an, als der Mann diese stillschweigende Verwaltung widerrufen hat, zu verrechnen und auszuweisen verbunden.

9) In dem Falle, wenn dem Manne von der Frau zwar die Nutznießung, nicht aber auch die Verwaltung des Vermögens übertragen worden ist, kömmt es darauf an, ob sich die Gattinn die Verwaltung ausdrücklich vorbehalten habe oder nicht. — Im ersten Falle ist der Mann wohl die Nutznießung, nicht

aber auch die Verwaltung des Vermögens zu fordern berechtiget; denn nach §. 869 muß ein Versprechen unter den nähmlichen Bestimmungen, als es gegeben worden ist, angenommen werden, außer dem besteht gar kein Vertrag, folglich auch keine Verbindlichkeit des versprechenden Theiles. Hat daher die Gattinn dem Manne die Fruchtnießung des Vermögens mit Ausnahme des Rechtes der Verwaltung desselben zugesichert; so muß er dieses Versprechen auch mit dieser Beschränkung annehmen, wenn er anders auf die Nutznießung ein Recht erlangen will. Hat sich aber die Gattinn nicht ausdrücklich die Vermögens-Verwaltung vorbehalten; so ist der Mann allerdings berechtiget, dieselbe an sich zu ziehen, welches nicht nur allein schon aus dem Begriffe einer Fruchtnießung, als des Rechtes, eine fremde Substanz ohne alle Einschränkung zu genießen (§. 509) hervorgeht, sondern auch in dem §. 1240 gegründet ist, wo es ausdrücklich heißt, daß den Ehegatten frey stehe, dergleichen stillschweigend eingestandene Verwaltungen einzustellen, folglich hier vorausgesetzt wird, daß in dem Falle, als die Ehegattinn ihrem Ehemanne den Fruchtgenuß abgetreten hat, dem letzteren auch die Verwaltung desselben gebühre.

10) Wenn es der Frau an Kenntniß oder guten Willen fehlet, ihr Vermögen gut zu verwalten; so kann zwar der Ehegatte die Verwaltung ihres Vermögens nicht eigenmächtig an sich ziehen, er ist aber ohne Zweifel berechtiget, durch gütliche Vorstellungen selbe zu bewegen, daß sie ihm, oder einem anderen fähigen Manne, die Verwaltung des Vermögens und die Verwendung der Einkünfte zu ihrem eigenen, und der Familie dauerhaften Wohle anvertraue; ja er kann nach Beschaffenheit der Umstände auch verlangen, daß sie als Verschwenderinn unter Curatel gesetzt werde. Dieses letztere Recht kann auch der Ehegattinn, und zwar derselben um so weniger in Abrede gestellt werden, als es vorzüglich der Mann ist, dem der Unterhalt der Familie gesetzlich obliegt, und das Wohl der Familie vielmehr durch seine, als seiner Gattinn Verschwendung Gefahr läuft.

§. 1242.

6) Witwengehalt.

Das, was einer Gattinn auf den Fall des Witwenstandes zum Unterhalte bestimmt wird, heißt Witwengehalt. Dieser gebührt der Witwe gleich nach dem Tode des Mannes, und soll immer auf drey Monathe vorhinein entrichtet werden.

1) Der Zweck des Witwengehaltes ist der anständige Unterhalt einer den Erwerb, die Unterstützung des Ehemannes, oder eine andere hinlängliche Versorgung vermissenden Witwe. Er wird entweder in den Ehepacten oder außer denselben bestimmt. Für den ersteren Fall behauptet v. Scheidlein (in seinen Miscellen 3. H. §. 97), daß er die Natur einer unwiderruflichen Schenkung auf den Todesfall habe; allein diese Behauptung dürfte schwerlich zu erweisen seyn. — Denn schon der Umstand, daß der Gesetzgeber gleich in dem §. 1246 eigens von Schenkungen unter Ehegatten und Verlobten spricht, und in dieser Hinsicht auf die für die Schenkungen überhaupt bestehenden Gesetze hinweiset, dürfte zur Genüge zeigen, daß er die in den Ehepacten vorkommende Bestimmung eines Witwengehaltes als eine eigentliche Schenkung nicht ansehe. — Diese letztere Ansicht wird auch noch durch den Grund unterstützt, daß die Ehepacte nicht als einseitige, sondern als gegenseitige Verträge angesehen werden müssen, und eine Einheit ausmachen; daher die in selben enthaltenen Bestimmungen, wenn sie nicht unzweydeutig als Schenkungen bezeichnet werden, die Natur derselben niemahls annehmen können. Ist aber der Witwengehalt außer den Ehepacten bestimmt, ohne daß dafür Gegenleistungen bedungen wurden; so ist diese Bestimmung nach der Weisung des §. 956 zu beurtheilen.

2) Der Witwengehalt besteht meistens in einer jährlichen Summe Geldes, kann aber auch in einem bestimmten Naturalien-Betrage, in den Interessen von anliegenden Capitalien, oder in den Renten eines unbeweglichen Gutes u. s. w. bestehen. — Ist der Gattinn eine Realität zum Witwensitze angewiesen worden, so scheint ihr nur die Fruchtnießung dieser Realität zuzukommen,

und ihr keineswegs das widerrufliche Eigenthum zu gebühren [1]). Denn daß der Witwengehalt der Regel nach nur in jährlich abzureichenden Giebigkeiten bestehe, scheint deutlich aus dem gegenwärtigen §. hervorzugehen, da es heißt, daß er immer drey Monathe vorhinein entrichtet werden müsse; Abweichungen von der Natur eines Rechts-Institutes aber werden nicht vermuthet, sondern müssen erwiesen werden. Wenn also nur gesagt ist, daß dieses oder jenes Gut der Gattinn zum Witwensitze eingeräumt werde, so scheint nicht, daß ihr dieses Gut als Eigenthum gebühre, welches im Falle ihres Absterbens an die Erben ihres Mannes zurückfällt, sondern ich glaube vielmehr, daß sie von diesem Gute lediglich den Fruchtgenuß erhalte.

3) Der Witwengehalt gebührt der Witwe gleich nach dem Tode des Mannes. Er gehört, seiner Wesenheit und Bestimmung nach, unter die Alimente; er könnte also selbst nach §. 1418 wenigstens ein Monath im Voraus gefordert werden. — Der Gesetzgeber hat aber in dieser Hinsicht die Witwe noch mehr begünstigt, und nur im gegenwärtigen §. angeordnet, daß derselbe immer auf drey Monathe voraus entrichtet werden solle. Stirbt die Witwe während dieser drey Monathe, so sind die Erben eben nach Vorschrift des oberwähnten §. 1418 etwas zurückzustellen nicht schuldig [2]). Eine andere Frage aber ist, ob die Erben des Mannes, wenn sie in Entrichtung des Witwengehaltes säumig gewesen sind, mithin den dreymonathlichen Betrag nicht in der gehörigen Zeit abgeführt haben, und die Witwe inzwischen sich wieder verehelichet hätte, oder gestorben wäre, ihr oder ihren Erben den dreymonathlichen Betrag zu entrichten verpflichtet sind? — Diese Frage muß ohne Zweifel mit *ja* beantwortet werden, weil der Witwe von dem Zeitpuncte an, als sie den Verfallstag des dreymonathlichen Witwengehaltes erlebt hat, schon das Recht, diesen Betrag zu fordern, angefallen ist (vergl. §§. 536 u. 903), da in Gemäßheit des §. 1419 die Verzögerung dem Gläubiger wohl schaden, aber nie etwas nützen kann. Uebrigens muß auch bemerkt werden, daß hier die Berechnung nicht

1) Dagegen siehe v. Scheidleins Miscellen. 3. H. §. 93.
2) S. v. Zeillers Commentar Nr. 2 und v. Scheidleins Miscellen. 3 H. §. 102.

nach dem Kalender geschehe, sondern daß in Gemäßheit des §. 902 ein Monath zu dreyßig Tagen angenommen werden müsse [1]). Wenn daher z. B. der Witwengehalt mit 1. März zu laufen anfängt, und die Witwe in der Nacht vom 28. auf den 29. May nach 12 Uhr gestorben wäre; so hätten die Erben derselben nach dem oben Gesagten das Recht, den weiteren dreymonathlichen Witwengehalt von den Erben des Mannes in Anspruch zu nehmen.

§. 1243.

Der Witwe gebührt noch durch sechs Wochen nach dem Tode des Mannes, und wenn sie schwanger ist, bis nach Verlauf von sechs Wochen nach ihrer Entbindung die gewöhnliche Verpflegung aus der Verlassenschaft. So lange sie aber diese Verpflegung genießt, kann sie keinen Witwengehalt beziehen.

Der Witwe steht daher die Wahl frey, den ausgeworfenen Witwengehalt oder die gewöhnliche Verpflegung durch die in diesem §. bestimmte Zeitperiode anzusprechen. Beydes zugleich kann sie nicht fordern. Unstreitig müssen die Kosten der Entbindung einer Witwe aus der Verlassenschaft des Mannes in dem Falle entrichtet werden, wenn dieselbe die Verpflegung statt des Witwengehaltes genießt. — Mehreren Anständen unterliegt die Beantwortung der Frage, ob die Witwe den Ersatz der Entbindungskosten, insbesonders in dem Falle in Anspruch nehmen könne, wenn sie anstatt der gewöhnlichen Verpflegung aus der Verlassenschaft, gleich vom Zeitpuncte des Todes ihres Gatten an, den Witwengehalt beziehet? — Ich bin der Meinung, daß sie in diesem Falle den Ersatz der Entbindungskosten nicht anzusprechen habe; denn ihr stand die Wahl frey, ob sie die gewöhnliche Verpflegung aus der Verlassenschaft bis sechs Wochen nach ihrer Entbindung genießen, worunter auch die Bestreitung der Entbindungskosten gehört hätte, oder lieber gleich den Witwengehalt beziehen wolle; hat sie das Letztere vorgezogen, so hat sie dadurch zu erkennen

1) Vergl. v. Zeiller zu §. 1419 Nr. 2.

gegeben, daß der Witwengehalt mehr als die gewöhnliche Verpflegung mit Inbegriff der Entbindungskosten betrage, und es ist sohin kein Grund vorhanden, ihr nebst dem Witwengehalte noch insbesonders diese Entbindungskosten zu vergüten.

§. 1244.

Wenn die Witwe sich verehelichet; so verliert sie das Recht auf den Witwengehalt.

Aus dem oben angegebenen Zwecke des Witwengehaltes, ja selbst aus der Benennung ergibt sich schon, daß das Recht, einen Witwengehalt zu fordern, ein höchst persönliches Recht sey, und mit dem Tode erlösche. Eben so geht daraus hervor, daß er aufhören müsse, sobald die Witwe keine Witwe mehr ist, d. h. wenn sie sich wieder verehelichet. — Wird dieselbe zum zweyten Mahle Witwe, so kann sie ihr bereits erloschenes Recht nicht wieder aufleben lassen, und etwa für den Fall, als sie aus dieser zweyten Ehe gar keine Versorgung erhielte, den Genuß ihres früheren Witwengehaltes wieder in Anspruch nehmen.

§. 1245.

Sicherstellung des Heirathsgutes, der Widerlage und des Witwengehaltes.

Wer das Heirathsgut übergibt, ist berechtiget, bey der Uebergabe; oder wenn in der Folge Gefahr eintritt, von demjenigen, der es empfängt, eine angemessene Sicherstellung zu fordern. Vormünder und Curatoren einer pflegebefohlenen Braut können die Sicherstellung des Heirathsgutes, und eben so der bedungenen Widerlage und des Witwengehaltes ohne Genehmigung des obervormundschaftlichen Gerichtes nicht erlassen.

1) Damit die Frau, oder derjenige, der sich den Rückfall bedungen hat, durch den Mann nicht um ihre (seine) Rechte auf das Heirathsgut nach aufgelöster Ehe gebracht werde; so kann jeder Besteller eines Heirathsgutes (es sey die großjährige

vermögende Frau, die Aeltern oder ein Dritter) bey der Uebergabe desselben die Sicherstellung des Heirathsgutes für den Rückfall verlangen. Diese Sicherstellung geschieht zum Vortheile desjenigen, der nach der Ehe auf das Heirathsgut einen Anspruch hat. Dieses ist nun entweder die Frau oder ein Dritter, der freywillig ein Heirathsgut gegeben, und sich den Rückfall bedungen hat.

2) Wie auf was Weise wird das Heirathsgut sicher gestellt? — Besitzt der Bräutigam ein unbewegliches Gut, so ist die gewöhnliche, und für den Bräutigam unschädlichste Art der Sicherstellung, wenn die Heirathsguts-Forderung desselben grundbüchlich einverleibt wird; oder besitzt er in den öffentlichen Büchern eingetragene Capitalien, so kann das Heirathsgut auf diese superintabulirt werden. — Sonst kann diese Sicherstellung auch durch Verpfändung von Mobilar-Stücken, oder durch Bürgen geschehen (§. 1373). Die Aeltern des Bräutigams können aber nicht verhalten werden, Sicherstellung zu leisten, wozu sie nach dem Josephinischen Gesetze in so weit verpflichtet waren, als es ohne ihren merklichen Nachtheil geschehen konnte.

3) Es versteht sich übrigens von selbst, daß es in der Willkühr der Vertrag schließenden Theile liege, welche Sicherstellung sie sich bedingen wollen. Ist der Bräutigam großjährig, so liegt ihm ob, die Art der Sicherstellung zu besorgen; ist er aber noch minderjährig, oder steht er unter der Curatel, so hat sein Vormund oder Curator diese Sicherstellung zu bestimmen. Doch ist hierbey die Regel zu beobachten, daß taugliche Bürgen nur dann angenommen werden müssen, wenn der Bräutigam kein angemessenes Pfand oder keine solche Hypothek einzuräumen im Stande ist.

4) Die Sicherstellung soll nach dem Gesetze eine angemessene seyn. Es entsteht nun die Frage, was unter dem Ausdrucke „angemessen" zu verstehen sey, da sich das Gesetzbuch hierüber nicht erklärt? — Die Erklärung des Herrn Regierungsrathes v. Scheidlein [1]), daß unter angemessener Sicherstellung eine solche verstanden werde, welche mit dem Betrage des Heirathsgutes im Verhältnisse steht, ist ohne Zweifel richtig,

1) Miscellen 3. H. S. 56.

aber unbefriedigend, weil erst die Frage entsteht, welches Verhältniß zwischen dem Betrage des Heirathsgutes und dem Werthe des Pfandes, das zur Sicherstellung eingeräumt wird, obwalten müsse. Denn da der §. 230 ausspricht, daß eine Sicherheit nur dann gesetzmäßig sey, wenn durch die Sicherstellung mit Einrechnung der etwa vorhandenen Lasten, ein Haus nicht über die Hälfte, und ein Grundstück nicht über zwey Drittel seines wahren Werthes beschwert wird; so entsteht vor Allem anderen die Frage, ob in dem vorliegenden Falle nicht eben jene Sicherheit von dem Gesetzgeber unter dem Ausdrucke: „angemessene Sicherheit" verstanden werde? — Welche Frage nach §. 1374 ohne Zweifel bejahend beantwortet werden muß. Wird daher der Braut von Seite des Bräutigams Sicherstellung des Heirathsgutes zugesichert, so ist die Erstere keineswegs verpflichtet, sich damit zu begnügen, daß die zur Sicherheit verpfändeten Sachen in ihrem Werthe, nach Abzug der früheren Lasten, dem Betrage des Heirathsgutes nach ihrem Schätzungswerthe gleich kommen, sondern sie kann fordern, daß nach dem Schätzungswerthe eine Ueberdeckung von einer Hälfte und respective einem Drittheile geschehe.

5) Ist keine Sicherstellung bedungen worden, so kann sie in der Regel auch in der Folge nicht angesprochen werden, außer wenn Gefahr bey Verschwendung und drohender Zahlungs-Unfähigkeit des Mannes eintritt. — Besitzt der Mann ein unbewegliches Gut, so kann sich die Ehegattinn auch in der Folge mit ihrer Heirathsguts-Forderung hierauf pränotiren lassen, worauf sie dann ihre Forderung mittelst Einreichung einer ordentlichen Klage, worin sie darzuthun hat, daß diese Bedingungen der Sicherstellung hier eingetreten sind, zu rechtfertigen hat. Wird ihre Forderung sowohl als die Gefahr als richtig anerkannt, und somit die Pränotirung für gerechtfertiget erklärt; so ist ihr nach der Zeitordnung der erwirkten Pränotirung vollkommene Sicherheit verschafft.

6) Ist die Braut minderjährig, oder steht sie aus was immer für einer Ursache unter Curatel; so wird diese Sicherstellung der Regel nach nothwendig, und es liegt daher denjenigen, unter deren Obsorge oder Vormundschaft sie steht, Amteswegen

ob, auf die Sicherstellung des Heirathsgutes Bedacht zu seyn. — Diese Vorschrift ist aber keineswegs so strenge zu nehmen, daß diese Sicherstellung in allen Fällen unumgänglich nothwendig sey, sondern es können davon Ausnahmen Platz greifen. Ein solcher Ausnahmsfall wäre, wenn der Bräutigam kein unbewegliches Gut, und ein so eingeschränktes Vermögen besäße, daß durch die strenge Forderung einer Sicherstellung der Nutzen, den er aus dem Heirathsgute ziehen soll, und die Hoffnung einer übrigens anständigen Versorgung der Braut wahrscheinlich vereitelt werden würde. — Ob aber dieser, oder überhaupt ein anderer Ausnahmsfall eintrete, hierüber haben die Curatoren und Vormünder nicht zu entscheiden, sondern dieses hängt einzig von der Beurtheilung des vormundschaftlichen Gerichtes ab. Daher können die Vormünder und Curatoren einer pflegebefohlenen Braut die Sicherstellung des Heirathsgutes ohne Genehmigung des obervormundschaftlichen Gerichtes nicht erlassen. — Da das Gesetz bloß von Vormündern und Curatoren spricht, so entsteht die Frage, ob nicht der leibliche Vater der Braut diese Sicherstellung ohne Genehmhaltung des vormundschaftlichen Gerichtes erlassen könne? — Ich glaube nicht; denn in Betreff des Vermögens der Kinder wird der Vater gleich einem andern Curator behandelt (§§. 149 u. 152). Selbst für den Fall, als der Vater im Mangel eines eigenen Vermögens der Tochter ein Heirathsgut gegeben hat, scheint dieses behauptet werden zu müssen, weil durch Vernachlässigung der Sicherstellung die Tochter um ihr Recht, das Heirathsgut nach aufgehobener ehelicher Gemeinschaft zurückzufordern, kommen könnte.

7) Hat der Mann zur Zeit der geschlossenen Ehe keine Realität besessen, auf welche das Heirathsgut hätte einverleibt werden können, und ist daher auch von einer Sicherstellung des Heirathsgutes abgegangen worden; so entsteht die Frage, ob nicht noch nach der Hand während der Ehe, im Falle der Mann ein unbewegliches Gut an sich bringt, eine solche Sicherstellung mittelst Vormerkung (Pränotirung) auch außer einer vorhandenen Gefahr erwirkt werden könne? — Herr Regierungsrath v. Scheid-

lein beantwortet diese Frage bejahend [1]). Sein Grund hiefür ist, weil überhaupt jedes erworbene, obgleich nicht fällige Recht, z. B. das Recht ein dargeliehenes Capital bey Verfallzeit zurückzufordern, also auch das Recht desjenigen, der das Heirathsgut übergeben hat, dasselbe nach aufgelöster Ehe zurückzufordern, vorgemerkt werden kann. — Allein ich habe bereits bey Erläuterung des §. 453 nachzuweisen versucht, daß auch zur Erwerbung des Pfandrechtes auf unbewegliche Güter außer der Forderung noch insbesonders der Titel nachgewiesen werden müsse. Der Titel, die Sicherstellung des Heirathsgutes zu verlangen, liegt entweder in dem dießfalls geschlossenen Vertrage, oder in der Anordnung des Gesetzes, welches dieses Recht der Sicherstellung einräumet. — Ist nun keine Sicherstellung bedungen, und auch keine Gefahr vorhanden; so kann sie auch während der Ehe nicht gefordert werden.

8) Was hier von Sicherstellung des Heirathsgutes gesagt worden ist, ist auch auf die Widerlage und den Witwengehalt anzuwenden.

§. 1246.

Schenkungen unter Ehegatten und Verlobten.

Die Gültigkeit oder Ungültigkeit der Schenkungen zwischen Ehegatten wird nach den für die Schenkungen überhaupt bestehenden Gesetzen beurtheilt.

Der Grundsatz des römischen Rechtes, daß Schenkungen unter den Eheleuten unmoralisch und unerlaubt seyn, wurde schon durch das Josephinische Gesetzbuch außer aller Anwendung gesetzt [2]). Solche Schenkungen, sie mögen unter Lebenden oder auf den Todesfall geschehen, werden überhaupt nach dem Hauptstücke von Schenkungen beurtheilt. — Geschehen sie zur Vermehrung des ursprünglichen Heirathsgutes oder der Widerlage, so nehmen sie ganz die Natur der letzteren Gebühren an [3]). Hieraus folgt, daß, wenn die Gattinn stirbt, das zur Vermeh-

1) Miscellen B. 3. S. 57.
2) 3. Theil §. 81.
3) S. v. Zeiller's Commentar.

rung des Heirathsgutes gegebene Geschenk, wenn das Heirathsgut nicht auf Ueberleben bedungen worden ist, ihren Erben anheim falle; dagegen dasjenige Geschenk, welches dem Manne zur Vermehrung der Widerlage gegeben worden ist, auf denselben zurückkehre. Stirbt aber der Mann vor seiner Gattinn, so fallen beyderley Arten Geschenke der überlebenden Ehegattinn zu. Uebrigens kann sich derjenige, der zur Vermehrung des Heirathsgutes oder der Widerlage ein Geschenk machet, ausdrücklich ausbedingen, daß es auf ihn wieder zurückfalle.

§. 1247.

Was ein Mann seiner Ehegattinn an Schmuck, Edelsteinen und andern Kostbarkeiten zum Putze gegeben hat, wird im Zweifel nicht für gelehnt; sondern für geschenkt angesehen. Wenn aber ein verlobter Theil dem andern; oder auch ein Dritter dem einen oder andern Theile in Rücksicht auf die künftige Ehe etwas zusichert oder schenket; so kann, wenn die Ehe ohne Verschulden des Geschenkgebers nicht erfolgt, die Schenkung widerrufen werden.

1) Eine Ausnahme von der im vorigen §. aufgestellten Regel enthält die Falliten-Ordnung §§. 7, 9 u. 16 in Bezug auf Handelsleute. Hier heißt es: „Belangend die zwischen Eheleuten öfters vorkommenden Schenkungen, so soll es mit diesen resp. der Handelsleute so gehalten werden: Diejenigen Schenkungen, welche realiter per traditionem, oder durch eine Anschreibung an die Gewähr fürgegangen, sollen sodann gültig seyn, wenn sie zur Zeit, wo solche donatio in effectu geschieht, den Creditoren oder auch dem Handlungs-Fundo zu keinem Nachtheile gereichen, da auch nach der Hand der Mann nicht solvendo würde; außer es wären dergleichen Donationen aus denjenigen Mitteln des Mannes geschehen, welche derselbe gegen die Gesetze über die 6 pCt. jährlicher Interesse aus der Handlung genommen hätte, da nähmlich das Weib nicht zeigen könnte, daß

besagte Donation von des Mannes außer der Handlung gehaltenen Vermögen gemacht worden; in welchem Falle auch das Weib sodann noch im guten Stande des Mannes fürgegangene Donation der nach der Hand verschuldeten massae mariti beyzutragen hätte. Andere Donationes des Mannes aber, welche obgehörtermassen nicht realiter geschehen sind, sollen seinen Creditoren lediglich nachgehen, und dabey auch den etwa vorhandenen Kindern ihr Recht in salvo verbleiben.

2) Dieser in Betreff des Handelsstandes besonders vorkommenden Beschränkung fügt der gegenwärtige §. noch zwey andere, die oben §. 1246 aufgestellte Regel modificirende Bestimmungen hinzu. Die erste besteht darin, daß dasjenige, was ein Mann seiner Ehegattinn an Schmuck, und insbesondere an Edelsteinen und anderen Kostbarkeiten zum Putze gegeben hat, im Zweifel nicht für gelehnt, sondern für geschenkt angesehen wird. — Welche Sachen unter Schmuck begriffen werden, ist §. 678 vorgekommen. — Es ist bemerkenswerth, daß das westgallizische Gesetzbuch, das doch die Grundlage des gegenwärtigen ist, gerade die umgekehrte Bestimmung enthält, indem es anordnet, daß das Gegebene in dieser Hinsicht als gelehnt angesehen werde. — Wenn das gegenwärtige Gesetzbuch in dieser Beziehung gar keine Bestimmung enthielte, so würde ich auch hier dieser Vermuthung Raum geben, weil, wie auch v. Scheidlein in seinen Miscellen bemerkt, der §. 915 die Auslegungsregel aufstellet, es werde bey einseitig verbindlichen Verträgen im Zweifel angenommen, daß sich der Verpflichtete eher die geringere, als die schwerere Last auflegen wollte, und der Mann sich wirklich hier durch die Schenkung eine schwerere Last auflegt, als wenn er den übergebenen Schmuck bloß herleiht. — Der Grund, warum der höchste Gesetzgeber in dem gegenwärtigen Gesetzbuche im vorliegenden Falle von der allgemeinen Regel abgewichen ist, liegt nach der Bemerkung des Herrn Hofrathes v. Zeiller in der Betrachtung, daß es dem Manne gewöhnlich leichter fällt, sich mit einem Beweise zu versehen, als der Frau, und daß die für die Schenkung streitende Vermuthung oft durch eine entgegengesetzte stärkere entkräftet werden könne, was z. B. in dem Falle

eintreten würde, wenn der Mann den Schmuck immer selbst verwahret, und denselben seiner Gattinn nur bey besonderen Anlässen überläßt.

3) Auch durch die weitere Bestimmung dieses §. macht, wie schon Herr Regierungsrath Dolliner in seinem Handbuche des Eherechts 1. B. S. 18 bemerkt, der Gesetzgeber in Ansehung der Schenkungen unter Verlobten eine Ausnahme von der allgemeinen Regel, daß bey unentgeldlichen Verträgen, wenn der Beweggrund nicht zur ausdrücklichen Bedingung gemacht wird, die bey den letzten Anordnungen gegebenen Vorschriften anzuwenden sind, nach welchen die Verfügung gültig bleibt, wenn auch der von dem Erblasser angegebene Beweggrund falsch befunden wird; es wäre denn erweislich, daß der Wille des Erblassers einzig und allein auf diesem irrigen Beweggrunde beruhet habe (§. 572). Der Grund dieser Abweichung liegt darin, weil, wie Herr Hofrath v. Zeiller in seinem Commentare bemerkt, vermuthet wird, daß der Geschenkgeber den Beweggrund der Schenkung als eine Bedingung angesehen wissen wolle. — Jedoch wird diese Bedingung keineswegs als eine auffschiebende, sondern vielmehr als eine auflösende betrachtet, wie aus dem Inhalte des gegenwärtigen §. klar hervorgehet. Es ist hier in der Hauptsache einerley, ob der Geschenkgeber selbst oder der Geschenknehmer von dem Eheverlobnisse zurücktrete, oder ein Zufall die Schließung der Ehe hindert, wenn nur dabey dem Geschenkgeber kein Verschulden zur Last fällt. — Dieser Fall würde aber eintreten, wenn der Geschenkgeber ohne hinreichenden Grund zurücktreten würde, oder durch seine Schuld entweder in seiner oder des Geschenknehmers Person eine gegründete Ursache entstehen machte, aus welcher eine von beyden die Ehe nicht mehr eingehen kann oder will. Hat sich dagegen ohne Verschulden des Geschenkgebers ein widriger Zufall in dessen eigener Person ereignet, welcher die Eingehung der Ehe zwischen beyden Personen unthunlich macht; so schadet derselbe dem Geschenkgeber nicht, sondern er kann das gegebene Geschenk wieder zurückfordern. Wie aber, wenn das gegebene Geschenk nicht mehr im Besitze des Beschenkten wäre? — In dieser Hinsicht ist zu unterscheiden, ob die Ehe

aus Verschulden des Geschenknehmers, oder aus einer anderen von seinem Verschulden unabhängigen Ursache unterbleibt. — Im ersteren Falle müßte er ohne Zweifel den Werth des Geschenkes ersetzen, da er selbst an dem Eintritte der auflösenden Bedingung Schuld trägt, und sich schon bey Annahme des Geschenkes stillschweigend zur Zurückstellung desselben, im Falle die Ehe nicht zu Stande kommen sollte, verbindlich gemacht hat; überdieß der §. 46 ausdrücklich enthält, daß dem Theile, von dessen Seite keine gegründete Ursache zu dem Rücktritte entstanden ist, der Anspruch auf den Ersatz des wirklichen Schadens vorbehalten bleibe, welchen er aus diesem Rücktritte zu leiden beweisen kann. — Eben so wenig kann es einem Zweifel unterliegen, daß der Geschenknehmer, wenn ihm auch kein Verschulden zur Last fällt, den Werth des Geschenkes ersetzen müsse, in so fern derselbe noch vorhanden ist, weil er sich zum Schaden des Geschenkgebers in diesem Falle nicht bereichern darf. Zweifelhaft scheint daher eigentlich nur der Fall zu seyn, wenn die Ehe ohne Verschulden des Geschenkgebers und Geschenknehmers rückgängig wird, und weder das Geschenk selbst, noch dessen Werth mehr vorhanden ist. Allein auch dieser Zweifel wird durch eine Vergleichung der Gesetzesstellen leicht gelöset. — Denn es ist schon oben erwähnt worden, daß hier der Beweggrund der Schenkung als eine auflösende Bedingung und zwar in der Art angesehen werde, daß das zugedachte Eigenthumsrecht der geschenkten Sache in dem Falle wieder verloren gehe, wenn ein Theil von der zugesicherten ehelichen Verbindung wieder zurücktritt. — Die Rechtswirkungen dieses unter einer auflösenden Bedingung geschlossenen Schenkungs-Vertrages sind nun nach Vorschrift des §. 897 nach den bey letzten Anordnungen bestehenden gesetzlichen Vorschriften zu beurtheilen. Nun enthält der §. 708, daß, wer eine Erbschaft oder ein Vermächtniß unter einer auflösenden Bedingung erhält, gegen den, welchem die Erbschaft oder das Vermächtniß bey dem Eintritte der Bedingung zufällt, die nähmlichen Rechte und Verbindlichkeiten habe, welche einem Erben oder Legatar gegen den fideicommissarischen Substituten zukommen, und der §. 613 setzt fest, daß, bis der Fall der fideicommissari-

schen Substitution eintritt, dem eingesetzten Erben das eingeschränkte Eigenthumsrecht mit den Rechten und Verbindlichkeiten des Fruchtnießers zukomme; nun enthält aber der §. 631, daß der Fideicommiß-Inhaber, welchem gleichfalls das eingeschränkte Eigenthumsrecht mit den Rechten und Verbindlichkeiten eines Fruchtnießers zustehet, für die ohne sein Verschulden erfolgte Verminderung der Substanz nicht zu haften habe. — Hieraus ist, in Bezug auf die vorausgeschickte Frage, die Schlußfolgerung zu ziehen, daß, wenn die geschenkte Sache ohne Verschulden des Geschenknehmers zu Grunde geht, ein Ersatz nicht zu leisten sey; dagegen aber wohl im umgekehrten Falle der Geschenknehmer den Werth vergüten müsse. — Hat aber der Geschenkgeber den Beweggrund oder Endzweck, nähmlich die künftige Ehe zur ausdrücklichen Bedingung seiner Schenkung gemacht, dann müßte die künftige Ehe wie eine andere aufschiebende Bedingung angesehen werden, ohne deren genaue Erfüllung das davon abhangende Recht nicht erworben werden kann, die Bedingung mag vom Zufalle, von dem Willen des Beschenkten, oder eines Dritten abhängen (§§. 699 u. 897). Es kann daher in einem solchen Falle der Geschenkgeber seine Schenkung, wenn auch die Ehe durch sein Verschulden unterbleibt, widerrufen, weil der Geschenknehmer vor geschlossener Ehe keine Rechte auf die geschenkte Sache erworben hat. — Haben die Verlobten einander wechselseitig beschenkt, so ist zu unterscheiden, ob diese gegenseitige Schenkung bedungen worden sey oder nicht. Im ersten Falle ist sich die Vorschrift des §. 942 vor Augen zu halten.

4) Hier kömmt noch die Frage zu beantworten, ob in dem Falle, als ein verlobter Theil dem andern etwas schenket, schon ipso facto angenommen werden müsse, daß diese Schenkung in Rücksicht auf die künftige Ehe geschehen sey, oder ob dieser Umstand eigens noch erwiesen werden müsse? — Herr v. Scheidlein [1]) sagt: wenn ein verlobter Theil dem anderen etwas schenket, so geschieht dieses immer in Rücksicht auf die künftige Ehe, die Bedingung also, daß die Ehe erfolge, wird, wenn sie dem Schen-

1) In seinen Miscellen 3. H. §. 103.

kungsvertrage auch nicht ausdrücklich beygerückt ist, stillschweigend verstanden. Dagegen scheint Herr Hofrath Dolliner [1]) einer anderen Meinung zu seyn, da er sagt: wenn ein verlobter Theil dem andern in Rücksicht auf die künftige Ehe etwas zusichert oder schenket. — Es kömmt hier lediglich darauf an, zu erforschen, ob der im gegenwärtigen §. vorkommende Ausdruck: „in Rücksicht auf die künftige Ehe" lediglich für denjenigen Satz gelte, in welchem dieser Ausdruck vorkömmt, oder auch auf den Vordersatz, nähmlich: „wenn aber ein verlobter Theil dem andern," bezogen werden müsse. Würde obiger Ausdruck nun auf diesen Satz nicht bezogen, so müßte man annehmen, daß jede Schenkung unter Verlobten, wenn die Ehe ohne Verschulden des Geschenkgebers nicht erfolgt, selbst in dem Falle widerruflich sey, als erwiesen würde, daß das Geschenk ganz ohne Rücksicht auf die künftige Ehe gegeben worden sey; eine Behauptung, die der aus dem Inhalte des gegenwärtigen §. hervorleuchtenden Absicht des Gesetzgebers entgegen wäre. — Oder sollte es ganz was Undenkbares seyn, daß eine verlobte Person der anderen aus bloßer Neigung, und ohne die künftige Ehe sich vor Augen zu halten, Geschenke mache? — Ich glaube sohin, daß auch bey Verlobten der Endzweck der künftigen Ehe entweder ausdrücklich erwähnt, oder doch wenigstens aus den Umständen erhellen müsse, obschon ich ebenfalls nicht zweifle, daß der Umstand der geschehenen Verlobung selbst unter diejenigen gehöre, aus welchem in Verbindung noch einiger anderer Umstände auf diesen Endzweck geschlossen werden kann.

§. 1248.

Wechselseitige Testamente.

Den Ehegatten ist gestattet, in einem und dem nähmlichen Testamente sich gegenseitig, oder auch andere Personen als Erben einzusetzen. Auch ein solches Testament ist widerruflich; es kann

1) In seinem Handbuche des Erbrechtes 1. B. §. 11, wie aus dem Auszuge, den er im Eingange dieses §. aus dem §. 1247 des b. G. B. an die Spitze gestellt hat, hervorgehet.

aber, aus der Widerrufung des einen Theiles auf die Widerrufung des anderen Theiles nicht geschlossen werden.

1) Wechselseitige Testamente sind letzte Willensanordnungen, welche von zwey oder mehreren Personen in einem und demselben Aufsatze errichtet werden, und worin sie entweder wechselseitig sich selbst oder auch andere Personen mit ihrem ganzen Vermögen oder mit einem sich auf das Ganze des Nachlasses beziehenden Theile desselben betheilen [1]). Da der gegenwärtige §. ausdrücklich nur den Ehegatten gestattet, solche wechselseitige Testamente zu errichten; so ist daraus zu schließen, daß sie in der Regel nicht erlaubt, sohin, wenn sie von anderen Personen errichtet würden, ohne rechtliche Wirkung seyn. Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt auch ausdrücklich in seinem Commentare, daß man bey der Berathschlagung geneigt war, selbe allgemein abzuschaffen, indem diese Art zu testiren leicht zu Erbberedungen, Uebervortheilungen und Täuschungen des Zutrauens mißbraucht werden kann. — Es wurde daher beschlossen, die wechselseitigen Testamente zwar nicht weiter um sich greifen zu lassen, als sie in der Gewohnheit gegründet waren, folglich sie lediglich auf Ehegatten einzuschränken.

2) Da der Gesetzgeber für diese wechselseitigen Testamente keine besondere Form vorgeschrieben hat, sondern in Ansehung derselben alles dasjenige gilt, was überhaupt von Testamenten angeordnet ist; so folgt daraus, daß sie außergerichtlich oder gerichtlich, schriftlich oder mündlich, schriftlich aber mit und ohne Zeugen errichtet werden können. Wollen die Ehegatten schriftlich und ohne Zeugen testiren, so muß jeder aus denselben jene Verfügungen, in welchen über sein eigenes Vermögen disponirt wird, eigenhändig schreiben, und das Testament sodann eigenhändig mit seinem Nahmen unterfertigen. Da die Beysetzung des Tages, des Jahres und des Ortes, wo der letzte Wille errichtet wird, überhaupt bloß räthlich, aber nicht wesent-

1) Siehe v. Scheidleins Miscellen 3. H. §. 103.

lich nothwendig ist, so liegt auch nichts daran, von welchem der beyden Ehegatten das Datum geschrieben werde. — Hat aber bloß einer der Ehegatten das Testament geschrieben, und der andere dasselbe bloß unterschrieben; so muß der letztere vor drey fähigen Zeugen den Aufsatz als seinen letzten Willen bestätigen, und die Zeugen müssen sich, wie bey einem solchen Testamente überhaupt vorgeschrieben ist, unterfertigen. Wenn ein Ehegatte gar nicht schreiben kann, so ist in Bezug auf ihn gleichfalls alles dasjenige zu beobachten, was das Hauptstück über die Erklärung des letzten Willens überhaupt für diesen Fall vorschreibt. Wenn ein Ehegatte nicht lesen kann, so muß er den Aufsatz von einem Zeugen oder von seinem Mitgatten selbst, in Gegenwart aller drey Zeugen, die den Inhalt eingesehen haben, sich vorlesen lassen, und bekräftigen, daß derselbe seinem Willen gemäß sey. Es entsteht hier die Frage, ob es genüge, wenn dem des Lesens unkundigen Ehegatten bloß jene Verfügungen, die er selbst getroffen hat, vorgelesen werden, oder ob ihm auch der Inhalt der von dem anderen Ehegatten gemachten Dispositionen vorgehalten werden müsse? — Ich bin der Meinung, daß für alle Fälle der vollständige Inhalt der Urkunde herabgelesen werden müsse, und zwar einmahl darum, weil es zum Begriffe eines wechselseitigen Testamentes zu gehören scheint, daß jeder aus beyden Ehegatten von den Dispositionen des anderen Theiles Wissenschaft habe, und dann aus der Ursache, weil, wenn die Urkunde nur zum Theile abgelesen wird, der des Lesens unkundige Ehegatte keine Ueberzeugung erhält, daß nicht in seinem Nahmen eine Verfügung eingeschaltet worden sey, die gegen seinen Willen wäre.

3) Der §. sagt: „den Ehegatten ist gestattet, in einem und dem nähmlichen Testamente sich gegenseitig, oder auch Andere zu Erben einzusetzen." Dieser Ausdruck setzt offenbar eine schriftliche Urkunde voraus; denn was soll bey einem mündlichen Testamente der Ausdruck „in einem und dem nähmlichen Testamente" bedeuten? — Erklären die beyden Ehegatten mündlich ihren Willen, so ist jede Erklärung des Willens als ein besonderes Testament zu betrachten, wenn sie gleich in Beyder Gegenwart, und in Gegenwart der nähmlichen Zeugen

ihren letzten Willen erklären. Würde zur Wesenheit eines wechselseitigen Testamentes erfordert, daß beyde Ehegatten einander zu Erben einsetzen, so könnte man in dieser wechselseitigen Einsetzung auch bey mündlichen Testamenten den Ausdruck: ein und das nähmliche Testament erklärt finden; allein dieses ist der Fall nicht, sie können auch nach dem Inhalte des gegenwärtigen §. andere Personen zu Erben einsetzen. — Eine Einwilligung des anderen Theiles wird gleichfalls nicht erfordert; sonst würde das Testament sich in einen Erbvertrag verwandeln. — Uebrigens bezieht sich der gegenwärtige §. auf den §. 583. Dieser redet aber von einem und demselben Aufsatze, setzt also offenbar ein schriftliches Testament voraus. Machen die Ehegatten ungefähr zu gleicher Zeit [1]) und vor den nähmlichen Zeugen ein Testament, so sind diese zwey Erklärungen auch als zwey Testamente anzusehen. Diesem steht jedoch nicht entgegen, daß es nicht wechselseitige gerichtliche mündliche Testamente geben könne, weil über den Inhalt des Testamentes ein Protocoll aufgenommen, sohin immer eine schriftliche Urkunde errichtet wird.

4) Aus den sub 2 angeführten Bemerkungen ist ersichtlich geworden, daß der Fall eintreten könne, in welchem rücksichtlich der Verfügungen des einen Ehegatten mehrere Förmlichkeiten erforderlich sind, die in Bezug auf die Verfügungen des anderen Ehegatten nicht nothwendig wären, und daß es daher auch leicht geschehen könne, daß ein solches wechselseitiges Testament von einer Seite als gültig, von der anderen aber als ungültig angesehen werden müsse. Gegen diese Behauptung könnte jedoch das Bedenken erhoben werden, daß es nicht wohl angehe, einen und den nähmlichen Aufsatz zum Theile als gültig, zum Theile als ungültig zu betrachten, und daß jeder Ehegatte bey einem wechselseitigen Testamente bey seinen eigenen Verfügungen die des anderen Ehegatten zu berücksichtigen pflege. — Allein, hat der eine Ehegatte die Rechtsgültigkeit der Verfügungen des anderen Ehegatten nicht zur ausdrücklichen Bedingung der Gültigkeit seiner eigenen Verfügungen gemacht, so können die Ersteren nur

1) In einer und der nähmlichen Zeit ist dieses vor den nähmlichen Zeugen wohl nicht möglich. Denn immer muß der eine sich früher als der andere erklären.

höchstens als ein Beweggrund angesehen werden, aus dem seine eigenen Dispositionen hervorgegangen sind. Der Beweggrund hat aber in der Regel auf die Gültigkeit einer letztwilligen Anordnung keinen Einfluß (§. 572). Was aber den Einwurf betrifft, daß ein und der nähmliche Aufsatz in Ansehung der Form doch nicht zum Theile als gültig, und zum Theile als ungültig angesehen werden könne, so hat selber keinen gesetzlichen Anhaltspunct, vielmehr gehet aus dem Inhalte des §. 594 deutlich hervor, daß eine letztwillige Anordnung eben in Bezug auf die Form zum Theile gültig und zum Theile ungültig seyn könne [1]).

5) Es liegt in der Wesenheit eines Testamentes, daß dasselbe einseitig widerruflich sey, und diese Eigenschaft muß daher auch den wechselseitigen Testamenten zukommen, da sie sich sonst in einen Erbvertrag umstalten würden. Daher ist ein solches Testament nicht nur allein widerruflich, sondern es kann auch aus der Widerrufung des einen Theiles auf die Widerrufung des anderen Theiles nicht geschlossen werden. Aus dieser gesetzlichen Bestimmung ergeben sich die bereits in dem v. Zeiller'schen Commentare berührten Folgerungen, daß nähmlich jeder Theil einseitig in seiner Anordnung Abänderungen machen, und daß er sie gänzlich widerrufen könne, ohne daß sein Widerruf schon ipso facto den Widerruf des anderen Theiles nach sich zöge; dann, daß es dem überlebenden Ehegatten freystehe, ob er die Erbschaft annehmen wolle oder nicht, und es ungeachtet der Annahme seinem Gewissen vorbehalten bleibe, ob er seine Anordnung unverändert bestehen lassen wolle oder nicht.

6) Indessen kann die Ehegatten nichts hindern, ihrem wechselseitigen Testamente ausdrücklich die Clausel beyzufügen, daß der Widerruf des einen Theiles, ipso facto auch die Dispositionen des anderen Theiles ungültig machen soll. Nur frägt es sich in diesem Falle, ob die mit dieser Clausel versehene letztwillige Anord-

---

1) Bey einem Erbvertrage verhält sich dieses freylich anders (§. 1249 Nr. 3). Allein bey einem wechselseitigen Testamente stehen die Verfügungen beyder Ehegatten in keinem solchen Zusammenhange, wie bey dem Ehevertrage, was sich daraus ergibt, daß die Widerrufung des einen Theils, die Unwirksamkeit der vom andern Theile gemachten Anordnung nicht nach sich ziehet.

nung nicht die Natur eines Testamentes ablege, und die eines Erbvertrages annehme? welche Frage sicherlich verneinend beantwortet werden muß; denn der einseitige Widerruf hätte hier die Folge, daß die ganze Anordnung rückgängig gemacht werde; diese Rechtsfolge widerspricht aber der Natur eines Contractes, weil von einem contrahirenden Theile allein der einmahl errichtete Contract nicht umgestoßen werden kann. — Wird zwischen den Ehegatten ein Erbvertrag geschlossen, so kann ein einseitiger Widerruf keine Wirkung hervorbringen; es liegt sohin noch ein großer Unterschied zwischen einem mit obiger Clausel versehenem wechselseitigen Testamente und einem Erbvertrage hier vor. — Als ungültig kann aber eine solche Clausel aus dem Grunde nicht angesehen werden, weil das Gesetz die Regel aufstellet, daß ein Erblasser seine Anordnung auf eine Bedingung einschränken könne (§. 698), und eine solche Bedingung weder den Gesetzen der Moral, noch einer schon im Naturrechte gegründeten, noch einer ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes widerspricht. Ich erwarte nicht, daß man mir den Inhalt des gegenwärtigen §. selbst entgegen setzen werde, indem die in selbem vorkommende Bestimmung offenbar nur ein suppletorisches Gesetz ist, das durch eine ausdrückliche Festsetzung des Gegentheiles seine Anwendung verlieret.

7) Was wäre nun aber in dem Falle [1]) Rechtens, wenn die von den beyden Ehegatten errichtete, *ausdrücklich als Testament bezeichnete Urkunde* den Zusatz enthielte, daß jede spätere einseitige Anordnung null und nichtig seyn soll? — Manche halten dafür, daß in diesem Falle das sogenannte wechselseitige Testament in einen wirklichen Erbvertrag sich umstalte, weil durch den ausdrücklichen Willen der die Urkunde errichtet habenden Parteyen dem wechselseitigen Testamente das wesentlichste Unterscheidungs-Merkmahl von dem Erbvertrage, nähmlich: die Widerruflichkeit benommen worden sey. Allein ich halte diese Folgerung nicht für die bündigste; denn der §. 914 ordnet an, daß ein zweifelhafter Vertrag (und gewiß auch jede andere Anordnung) so erklärt werden solle, daß er *keinen Widerspruch* enthalte, und

1) Der mir wirklich schon im Geschäftsleben vorgekommen ist.

von Wirkung sey. Nun sagt der §. 716, daß der in einem Testamente oder Codicille angehängte Beysatz: daß jede spätere Anordnung überhaupt, oder, wenn sie nicht mit einem bestimmten Merkmahle bezeichnet ist, null und nichtig seyn solle, die Wirkung habe, daß, wenn in der späteren Verordnung der obenangeführte allgemeine, oder besondere Beysatz nicht ausdrücklich aufgehoben wird, nicht der spätere, sondern der früher erklärte Wille angenommen werde; es ist sohin im vorgesetzten Falle eine solche Auslegung der oberwähnten letztwilligen Anordnung in der Art zulässig, daß die beygerückte Clausel der Widerruflichkeit mit dem Begriffe eines Testamentes nicht colludire, und dessen ungeachtet von Wirkung sey; und da diese Auslegung dem §. 914 entspricht, so bin ich der Meinung, daß im vorliegenden Falle die letztwillige Anordnung noch immer die Natur eines Testamentes mit der Wirkung beybehalte, daß ein späteres, von einem einzelnen Ehegatten errichtetes Testament ungültig sey, wenn in selbem nicht ausdrücklich der dem wechselseitigen Testamente gemachte Beysatz aufgehoben worden ist.

§. 1249.

Erbverträge. Erforderniße zur Gültigkeit des Erbvertrages.

Zwischen Ehegatten kann auch ein Erbvertrag, wodurch der künftige Nachlaß, oder ein Theil desselben versprochen, und das Versprechen angenommen wird, geschlossen werden (§. 602). Zur Gültigkeit eines solchen Vertrages ist jedoch nothwendig, daß er schriftlich mit allen Erfordernissen eines schriftlichen Testamentes errichtet werde.

1) Erbverträge werden aus gleichen Gründen, wie wechselseitige Testamente, nur unter Ehegatten gestattet, weil sie nähmlich bisher nur unter Ehegatten gebräuchlich waren, und sie auf andere Personen auszudehnen aus dem Grunde bedenklich schien, da sie zu Uebervortheilungen und mannigfaltigen Streitigkeiten mißbraucht werden könnten [1]). Sie unterscheiden sich von

(1 Siehe v. Zeillers Commentar zu §§. 583 u. 1249.

anderen Verträgen besonders darin, daß das aus dem Erbvertrage erworbene Recht mit dem Tode des Berechtigten erlischt, mithin auf dessen Erben nicht übergeht (§§. 536 u. 1252), und gleichen sohin in dieser Hinsicht Testamenten. Sie unterscheiden sich aber wieder von diesen besonders darin, daß sie, eben weil sie Verträge sind, die Unwiderruflichkeit des einmahl erklärten Willens nach sich ziehen. — Unter einem Theile des künftigen Nachlasses wird aber hier, nach der Analogie des §. 602, ein relativ, d. i. ein in Beziehung auf das Ganze bestimmter Theil, z. B. die Hälfte, ein Viertheil des Nachlasses verstanden. Ein Vertrag, wodurch Jemanden einzelne Gegenstände, Gattungssachen, bestimmte Geldsummen für den Todesfall zugesichert werden, wäre als eine Schenkung auf den Todesfall anzusehen, welche nicht nur allein unter Ehegatten, sondern auch unter andern Personen gültig ist [1]).

2) So wie jeder andere Vertrag, so kann auch ein Erbvertrag entweder einseitig oder zweyseitig verbindlich seyn (§. 864), je nachdem nur ein Theil dem anderen den Nachlaß zusichert, und dieser ihn annimmt, oder derselbe gegenseitig versprochen und angenommen wird.

3) Zur Gültigkeit eines Erbvertrages ist nothwendig, daß er schriftlich (entweder abgesondert oder neben anderen Puncten eines Heirathsvertrages) mit allen Erfordernissen eines schriftlichen Testamentes errichtet werde [2]). Daher ist hier auch alles dasjenige anzuwenden, was im vorigen §. von den gegenseitigen schriftlichen Testamenten gesagt worden ist; nur entsteht hier wieder die Frage, ob ein solcher zweyseitiger Erbvertrag, welcher zwar auf einer Seite die vorgeschriebenen Testaments-Förmlichkeiten in sich enthält, dem sie aber auf der anderen mangeln, als ein gültiger einseitiger Erbvertrag angesehen werden könne? z. B. wenn derselbe von den Ehegatten eigenhändig geschrieben, von beyden Theilen gefertigt, aber nur von zwey Zeugen unterzeichnet wäre? — Da nähmlich der Ehegatte den Vertrag eigenhändig geschrieben und unterschrieben hat, so

1) Siehe v. Scheidleins Miscellen 3. H. §. 113.
2) Hofdec. vom 25. Juny 1817; J. G. S. Nr. 1340.

sind von seiner Seite die zur Gültigkeit eines Testamentes erforderlichen Förmlichkeiten beobachtet worden; dagegen wäre in Bezug auf die Ehegattinn, da sie den Vertrag nicht eigenhändig geschrieben hat, zur Gültigkeit dieser letztwilligen Anordnung noch die Fertigung eines dritten Zeugen nothwendig gewesen. — Die Gründe, welche in einem solchen Falle für die einseitige Gültigkeit eines wechselseitigen Testamentes sprechen, passen offenbar nicht vollkommen auf wechselseitige Erbverträge; es muß daher dieser Gegenstand hier einer neuerlichen Untersuchung unterworfen werden, und das Ergebniß derselben ist offenbar ein Anderes; denn es liegt in der Natur eines verbindlichen Vertrages, daß das Versprechen des einen Theiles nur in der Voraussetzung gültig seyn könne, wenn auch der Erfüllung der gemachten Zusicherung des anderen Theiles kein Hinderniß im Wege steht. — Denn bey jedem zweyseitigen Vertrage ist anzunehmen, daß jeder der Vertrag schließenden Theile den Erwerb eines Rechtes, nicht aber die Aufhebung seines eigenen Rechtes beabsichtige, welches Letztere nur als ein nothwendiges Mittel, das Erstere zu erlangen, erscheinet. — Wäre dieses nicht der Fall, so müßte der mit einem Minderjährigen geschlossene Vertrag, welchem der Vater oder der Vormund die Genehmigung versagt hat, wenigstens in so weit es das gemachte Versprechen des anderen Theiles betrifft, aufrecht erhalten werden, oder es müßte z. B. derjenige, welcher einen Kaufcontract um Sachen abgeschlossen hat, die in der Folge noch vor der Uebergabe dem Verkehre entzogen werden, zur Entrichtung des Kaufschillings angehalten werden können, da nur von der andern Seite ein Hinderniß, sein Versprechen zu erfüllen, entstanden ist, was doch nach §§. 865 u. 880 der Fall nicht ist.

4) Nach dem Wortlaute des gegenwärtigen §. können Erbverträge nur schriftlich, mit allen Erfordernissen eines schriftlichen Testamentes errichtet werden, und es scheint sohin die Frage, ob Ehegatten nicht gerichtlich mündliche Erbverträge schließen können, gar nicht mehr aufgeworfen werden zu können. Dessen ungeachtet verdient diese Frage noch eine eigene Untersuchung. Bey Erlassung der gegenwärtigen Vorschrift hatte nähmlich der Gesetzgeber ohne Zweifel einen ähnlichen Grund, wie

bey Festsetzung der Förmlichkeiten zu einem unwiderruflichen Schenkungsvertrage vor Augen; und so wie er dort durch die Betrachtung geleitet wurde, daß junge, leichtsinnige oder schwache Gemüther durch Erhitzung der Einbildungskraft, oder in einer oft absichtlich herbeigeführten Aufwallung des Geblüts zu unbesonnenen, gar bald wieder bereuten mündlichen Versicherungen hingerissen werden können, daß man sich aber nicht so rasch zur Abfassung einer schriftlichen Urkunde entschließe, so wurde er auch hier durch eine ähnliche Erwägung bewogen, bloßen mündlichen Erbverträgen die Gültigkeit zu versagen [1]). Dieser Grund ist aber offenbar nur auf außergerichtlich mündliche Erbverträge, keineswegs aber auf gerichtlich mündliche anwendbar. Denn der Zweck, der obiger Anordnung zum Grunde liegt, wird offenbar

1) Herr Regierungsrath u. Professor D. Winniwarter, behauptet, daß dieser Grund nicht statthaft zu seyn scheine, und er ist der Meinung, daß er der Urkunde bloß des zuverlässigeren Beweises wegen vorgeschrieben sey. — Allein im österreichischen Rechte kömmt kein Beyspiel vor, daß die Errichtung einer schriftlichen Urkunde bloß des Beweises willen erfordert wurde, und es ist nicht abzusehen, warum die wichtigsten Verträge, wodurch für die Lebenszeit verfügt wird, des Beweises halber einer schriftlichen Urkunde nicht bedürfen, während bey Erbverträgen die Errichtung einer Urkunde des Beweises willen vorgeschrieben seyn soll. — Nur das Wechselrecht macht hiervon eine Ausnahme, indem hier die schriftliche Urkunde, welche Wechsel heißt, des Beweises halber vorgeschrieben ist. Allein dieses liegt in der Eigenthümlichkeit des Wechsel-Institutes, dessen Zweck eine schnellere Entscheidung und Execution erfordert, was mit einem mündlichen Vertrage sich nicht verträgt. — Herr Reg. Rath Winniwarter, der übrigens gleichfalls der Meinung ist, daß Erbverträge mündlich vor Gericht geschlossen werden können, begründet diese Meinung lediglich damit, daß er sagt, es stehe den Parteyen nach Hofdec. vom 2. März 1805 Nr. 715 überhaupt frey, ihre Verträge gerichtlich zu schließen, und darüber ein Protocoll aufnehmen zu lassen. — Allein ich glaube, daß gegenwärtig die Beantwortung der Frage, in welcher Form Verträge abgeschlossen werden müssen, nur aus dem §. 883 des b. G. B. hergeholt werden müsse, welcher zwar gleichfalls die Regel aufstellt, daß ein Vertrag mündlich oder schriftlich, vor Gericht oder außerhalb desselben errichtet werden könne; der aber am Schlusse hinzusetzt, daß die Verschiedenheit der Form, außer den im Gesetze bestimmten Fällen, in Ansehung der Verbindlichkeit keinen Unterschied mache. — Einen solchen im Gesetze bestimmten Ausnahmsfall aber scheint eben der gegenwärtige §. zu enthalten; es muß also näher nachgewiesen werden, daß ungeachtet der §. nur einen schriftlichen Vertrag zuläßt, doch auch ein mündlich vor Gericht errichteter Erbvertrag gültig sey, und ich kann mich nicht überzeugen, daß dieses auf eine andere Art gründlicher geschehen könne, als wenn nachgewiesen wird, daß ein mündlich vor Gericht geschlossener Erbvertrag wirklich alle wesentlichen Eigenschaften eines schriftlichen Erbvertrages in sich vereinige. (Siehe Wag. Ztschr. 1825. 6. Heft S. 348).

durch eine gerichtlich mündliche Anordnung viel besser erreicht, als durch eine nur außergerichtlich schriftliche; eben deßwegen hat auch der höchste Gesetzgeber den Minderjährigen, die das 18. Jahr noch nicht zurückgelegt haben, nur die Errichtung eines gerichtlich mündlichen Testaments gestattet (§. 569). Zwar weiß ich wohl, daß man nicht befugt ist, aus dem Grunde des Gesetzes demselben eine Einschränkung beyzufügen, die in den Worten desselben nicht enthalten ist, sondern im Widerspruche mit demselben stünde; allein ich glaube hier zeigen zu können, daß diese Einschränkung den Worten des gegenwärtigen §. keineswegs entgegen sey; denn nach demselben gehört zur Gültigkeit eines Erbvertrages:

A. eine schriftliche Urkunde. Schriftliche Urkunden können aber sowohl gerichtlich als außergerichtlich errichtet werden; ist daher der vor Gericht geäußerte mündliche Wille zu Protocoll genommen worden, so ist eben dadurch eine schriftliche Urkunde errichtet worden.

B. Daß alle Erfordernisse eines schriftlichen Testaments vorhanden seyn. Nun sind aber bey einem vor Gericht errichteten mündlichen Testamente wirklich alle Erfordernisse eines gerichtlich schriftlichen Testamentes vorhanden. Denn worin bestehen die Letztern? Nach §. 587 darin, daß

a. die schriftliche Anordnung von dem Erblasser wenigstens eigenhändig unterschrieben sey. Dieses Erforderniß ist bey einem mündlich vor Gericht errichteten Testamente vorhanden, wenn das nach §. 588 über die Erklärung aufzunehmende Protocoll eigenhändig von dem Erblasser unterfertiget wird. Zwar scheint die eigenhändige Fertigung zur Wesenheit eines mündlichen, gerichtlich errichteten Testaments nicht nothwendig zu seyn; allein immer handelt das Gericht vorsichtig, wenn es das Protocoll von dem Testirenden selbst unterfertigen läßt; daher wird auch in der Praxis beynahe allgemein beobachtet, die Protocolle von den Parteyen selbst unterzeichnen zu lassen. Bey einem Erbvertrage wäre aber diese Unterschrift für alle Fälle wesentlich nothwendig.

b. Daß die schriftliche Anordnung dem Gerichte persönlich übergeben werde. — Dieses Erforderniß ist gewiß auch

dann vorhanden, wenn die Urkunde selbst vor Gericht errichtet wird, um so mehr, als der Zweck dieser Uebergabe kein anderer ist, als daß damit außer Zweifel gesetzt werde, daß sie seinem Willen gemäß abgefaßt sey, und selbe durch einen Ueberbringer nicht vertauscht oder verfälscht werde, und daß das Gericht sich auch von der natürlichen Testirungsfähigkeit des Erblassers überzeugen könne.

c. Daß das Gericht den Erblasser auf den Umstand, daß seine eigenhändige Unterschrift beygerückt seyn müsse, aufmerksam mache. Dieses Erforderniß behebt sich ganz natürlich in denjenigen Fällen, wo der Erblasser seine Unterschrift in Gegenwart der Gerichtspersonen beysetzt. Endlich

d. daß über dieses Geschäft ein Protocoll aufgenommen werde; nun weiset aber eben im Falle eines mündlichen Testamentes, das über die Erklärung des Erblassers aufzunehmende Protocoll die Erfüllung der eben hier berührten Erfordernisse aus, welche Ausweisung der Gegenstand des bey einem schriftlich errichteten Testamente aufzunehmenden Protocolls ist [1]).

5) Es kömmt hier noch die Frage zu beantworten, ob bey einem einseitigen Vertrage die Annahme gleichfalls unter den Testaments-Förmlichkeiten erklärt werden müsse? — ob nähmlich ein solcher Erbvertrag rechtsgültig wäre, welcher von dem

1) In meiner Darstellung der Rechte der Ehegatten in Beziehung auf ihr Vermögen habe ich einige practische Regeln für die Fälle aufzustellen versucht, wenn ein Zweifel entsteht, ob die Urkunde einen Erbvertrag oder wechselseitiges Testament enthalte? — Da dieser Gegenstand mit der Erläuterung des Gesetzes nicht in wesentlicher Verbindung steht, so glaube ich mich hier lediglich auf den §. 163 meiner Abhandlung beziehen zu dürfen. Herr Reg. Rath Winniwarter glaubt zwar in seiner obigen Abhandlung Nr 349, es könne nie darüber ein Zweifel entstehen, ob die Ehegatten einen Erbvertrag eingehen, oder ein wechselseitiges Testament machen wollten, da die Absicht der Ehegatten aus ihren Worten und der ganzen Fassung ihrer Erklärung deutlich erhellen muß. — Allein diese Bemerkung setzt voraus, daß sich die Verfasser der Ehepacten auch immer deutlicher Ausdrücke bedienen, welche Voraussetzung in der Praxis leider sehr oft nicht eintrifft. Einen Fall, wo die Meinungen rechtswissenschaftlich gebildeter Practiker sehr getheilt waren, ob die Urkunde als ein Erbvertrag, oder als ein wechselseitiges Testament anzusehen sey, habe ich im vorigen §. Nr. 7 angeführt, wobey ich bemerken muß, daß diese Urkunde von einem Doctor Juris aufgesetzt wurde. Um wie viel mehr lassen sich solche zweifelhafte Fälle erwarten, wenn, wie häufig geschieht, dergleichen Urkunden, von rechtsunkundigen, oder eigens Verwirrung beziehlenden Winkelschreibern verfaßt werden?

disponirenden Theile eigenhändig geschrieben und unterschrieben, von dem annehmenden Theile aber ohne Beyziehung dreyer Zeugen nur eigenhändig unterschrieben wäre? — Ich bin der Meinung, daß der annehmende Theil die Testaments-Förmlichkeiten zu beobachten nicht nöthig habe, und daß sohin der Erbvertrag im vorstehenden Falle gültig wäre, weil Förmlichkeiten nur der Vorsicht und des dauerhafteren Beweises wegen bestimmt worden, und das Gesetz bey letzten Willens-Erklärungen nur aus der Ursache mehrere Förmlichkeiten als bey anderen Rechtsgeschäften erfordert, weil hier die Gefahr einer Täuschung oder eines Betruges um so mehr vorhanden ist, als der Aussteller der Urkunde selbst hierüber keinen Aufschluß mehr ertheilen kann, welche Gründe hinsichtlich des annehmenden Theiles nicht vorhanden sind. Uebrigens besteht ja die Erklärung des annehmenden Theiles in nichts anderem, als in den Worten: ich nehme diese Erbseinsetzung an; werden diese Worte von ihm ausdrücklich eigenhändig beygefügt, so ist seine Erklärung auch von ihm eigenhändig geschrieben, und hat alle Testaments-Förmlichkeiten.

§. 1250.

Ein pflegebefohlener Ehegatte kann zwar die ihm versprochene, unnachtheilige Verlassenschaft annehmen; aber die Verfügung über seine eigene Verlassenschaft kann, ohne Genehmhaltung des Gerichtes, nur in so fern bestehen, als sie ein gültiges Testament ist.

1) Fähigkeit der Personen ist bey jedem Vertrage ohne Unterschied, also auch bey einem Erbvertrage ein wesentliches Erforderniß. Daher können Personen, welche von einem Vater, Vormunde oder Curator abhängen, zwar ein bloß zu ihrem Vortheile gemachtes Versprechen annehmen; wenn sie aber eine damit verknüpfte Last übernehmen, oder selbst etwas versprechen, und insbesondere, wenn sie zugleich über ihre Verlassenschaft disponiren: so hängt die Gültigkeit dieses Erbvertrages nach den

in dem dritten und vierten Hauptstücke des ersten Theils enthaltenen Bestimmungen von der Einwilligung des Vertreters oder zugleich des Gerichtes ab. Es versteht sich übrigens von selbst, daß Verstandlose gänzlich unfähig sind, sowohl ein Versprechen zu machen, als dasselbe anzunehmen. — Würde zwischen zwey Ehegatten, wovon der eine minderjährig ist, ein wechselseitiger Erbvertrag auch ohne Genehmigung des vormundschaftlichen Gerichtes errichtet, so könnte der großjährige Ehegatte nach §. 865 von demselben nicht zurücktreten, sondern müßte abwarten, bis die obervormundschaftliche Einwilligung ertheilt oder verweigert wird.

2) Es steht kein Anstand im Wege, daß ein pflegebefohlener Ehegatte auch noch vor erreichtem 18. Jahre mit Genehmigung seines Vertreters und des vormundschaftlichen Gerichtes einen Erbvertrag gültig eingehen könne, weil das Gesetz den bereits mündig gewordenen Pflegebefohlenen in Bezug auf die Schließung des Erbvertrages die Fähigkeit nicht entzogen hat; daher derselbe, in so weit er überhaupt fähig ist, einen Vertrag zu schließen, ohne Zweifel auch einen Erbvertrag eingehen kann. Indessen ist kein Zweifel, daß ein solcher Erbvertrag nur gerichtlich errichtet werden könne, da der vorige §. bey einem Erbvertrage eben die Förmlichkeiten, wie bey einem Testamente vorschreibt.

3) Ein zur schwersten oder schweren Kerkerstrafe verurtheilter Verbrecher kann während seiner Strafzeit keinen Erbvertrag errichten, weil er überhaupt nach §. 23. 1. Theils des Strafgesetzbuches unfähig ist, ein unter Lebenden verbindliches Geschäft zu schließen, oder einen letzten Willen zu errichten (§§. 574 u. 865). Ein gerichtlich erklärter Verschwender kann ebenfalls für sich keine gültige Verpflichtung eingehen, sondern ist in einem solchen Falle gleichfalls von seinem Curator und seiner Curatelsbehörde abhängig. — Aber auch selbst in dem Falle, als der gerichtlich erklärte Verschwender mit Genehmigung des Gerichtes einen Erbvertrag schließet, so kann nach der einstimmigen Behauptung des Herrn Hofrathes v. Zeiller [1]) und des Herrn Reg. Rathes von Scheid-

1) Commentar zu §. 1250 Nr. 2.

lein [1]) derselbe nur für ein Viertel des Nachlasses gültig seyn, weil der Verschwender auf einer Seite nach §. 568 nur über die Hälfte seines Vermögens verfügen, also auch nur über die Hälfte seines Vermögens selbst mit gerichtlicher Genehmigung einen Erbvertrag errichten kann; und weil auf der anderen Seite nach §. 1253 dem Ehegatten, der einen Erbvertrag errichtet hat, ein reiner Viertheil zur freyen letztwilligen Disposition vorbehalten bleiben muß. — Gegen diese Ansicht habe ich mich bereits in meiner Abhandlung über die Rechte der Ehegatten in Beziehung auf ihr Vermögen §. 165 ausgesprochen, daß der §. 568 sich auf Erbverträge nicht anwenden lasse. Dieser Meinung ist auch Herr Regierungsrath Professor Winniwarter [2]) und später in einer ausführlicheren Abhandlung Herr Professor Dr. Joseph Graßl [3]) beygetreten. — Die Gründe für diese letztere Behauptung sind im Wesentlichen folgende:

a. Der §. 568 sagt: Ein gerichtlich erklärter Verschwender kann nur über die Hälfte seines Vermögens *durch letzten Willen* verfügen. Unter der Erklärung des letzten Willens versteht aber das Gesetz jene Anordnung, wodurch ein Erblasser sein Vermögen, oder einen Theil desselben Einer oder mehreren Personen *widerruflich* auf den Todesfall überläßt. Unter diese Erklärung passet aber der Begriff eines *Erbvertrages* nicht.

b. Aus eben diesem Grunde ist zu folgern, daß die persönliche Fähigkeit zur Schließung eines Erbvertrages nicht nach denjenigen Grundsätzen, die in Ansehung letzter Willenserklärungen aufgestellt sind, sondern nach jenen beurtheilt werden müsse, welche bey Verträgen in Anwendung zu kommen haben. Wenn man dagegen einwendet: daß *Erbverträge* gemischte Geschäfte sind, und aus einem letzten Willen und einem Vertrage bestehen; so läßt sich diese Behauptung aus unsern Gesetzen nur in so weit rechtfertigen, als einerseits zur gültigen Errichtung desselben die testamentarische Form nothwendig ist, und als an-

1) Miscellen 3. Heft S. 117.
2) In seiner obigen Abhandlung S. 352.
3) Wagn. Ztsch. 1829, 4. Heft., S. 263.

derer Seits vermög der Wesenheit des durch ihn begründeten Rechtes, — welches ein Erbrecht ist (§. 532) — die allgemeinen über das Erbrecht überhaupt geltenden Grundsätze auch auf das Vertragserbrecht angewendet werden müssen. Aus diesem folgt, daß Erbverträge und letzte Willens-Erklärungen coordinirte Arten seyen, über sein Vermögen für den Todesfall zu verfügen, und daher auch verschiedene, nebeneinander bestehende Titel des Erbrechtes bilden, wie dieses auch aus den §§. 533, 534 u. 799 des G. B. hervorgehet. Wer aber die Vorschriften über letzte Willens-Erklärungen auf den Erbvertrag bezieht, der subordinirt denselben dem letzten Willen.

c. Daß bey Erbverträgen die allgemeinen Grundsätze über Verträge überhaupt, und nicht die über letzte Willens-Erklärungen anzuwenden seyen, beweiset auch der Inhalt des folgenden §., nach welchem die einem Erbvertrage beygerückten Bedingungen nicht nach den in dieser Hinsicht bey Testamenten bestehenden Vorschriften, sondern nach denjenigen beurtheilt werden, welche in Ansehung der Bedingungen bey Verträgen bestehen. — Die Einwendung dagegen, daß der folgende §. ganz überflüssig dastünde, wenn die Ansicht, daß die Vorschriften über letzte Willens-Erklärungen auf Erbverträge nicht anzuwenden seyen, schon im Allgemeinen richtig wäre, und daß daher eben deßwegen, weil der Gesetzgeber für nöthig erachtet hat, diesen Grundsatz in Bezug auf die Bedingungen besonders auszusprechen, angenommen werden müsse, daß er im Allgemeinen nicht angewendet werden könne, stützet sich auf die Ansicht, daß einem Gesetze kein solcher Sinn unterlegt werden könne, gemäß dem das darin Gesagte sich schon aus allgemeineren im Gesetze enthaltenen Anordnungen von selbst ergibt. Allein diese Ansicht hat durchaus keine gesetzliche Grundlage, und wird fast aus jedem Capitel des Gesetzbuches widerlegt. Besonders dort, wo der Gesetzgeber einer leicht möglichen irrigen Ansicht oder Folgerung begegnen will, läßt er sich selbst in die Ableitung der nächsten Folgerungen aus einem aufgestellten allgemeinen Principe ein (z. B. in den §§.

233, 922 u. 923). Eben dieser Grund dürfte den Gesetzgeber auch zur Aufnahme der Anordnung des folgenden §. bewogen haben, indem sich wohl nicht voraussehen ließ, daß Mancher, den Erbvertrag als Titel zur Erlangung des Erbrechtes mit einer letzten Anordnung verwechselnd, geneigt seyn dürfte, die einem solchen Vertrage beygerückten Bedingungen nach den Grundsätzen zu beurtheilen, die von Bedingungen bey letzten Willens-Erklärungen gelten. — Es scheint zwar keinem Zweifel zu unterliegen, daß der Gesetzgeber den Ausdruck „letzte Anordnung" nicht gerade auf eine widerrufliche Anordnung beschränke, sondern denselben auch auf unwiderrufliche Dispositionen ausdehne, was aus den §§. 1253, 1254 u. 762 geschlossen werden kann. Aber gewiß ist es, daß das neunte Hauptstück, in welchem der §. 568 vorkömmt, lediglich von letzten Anordnungen in der eingeschränkteren Bedeutung spreche. Endlich

d. kann der Grund, aus welchem der Gesetzgeber die Verschwender bey Testamenten beschränkte, auf mit Genehmigung der Gerichtsbehörde geschlossene Erbverträge nicht angewendet werden. Denn bey einem unter gerichtlicher Intervenirung geschlossenen Erbvertrage tritt die bey Erläuterung des §. 568 erwähnte Besorgniß nicht ein; vielmehr kann sich bey einem wechselseitigen Erbvertrage öfters der Fall ergeben, daß dem Verschwender dadurch ein wahrscheinlicher Vortheil zugehet, wenn nähmlich sein Mitgatte ein großes Vermögen besitzt. Warum soll der Gesetzgeber ihm diesen wahrscheinlichen Vortheil für den Fall, als sein Mitgatte vor ihm verstürbe, entziehen wollen?

4) Die Schlußworte des gegenwärtigen §. sind von dem Falle zu verstehen, wo ein pflegebefohlener Gatte in einem einseitigen Erbvertrage über seine Verlassenschaft verfügte. — Sie können aber auch bey einem zweyseitigen Erbvertrage dann Anwendung finden, wenn die Absicht des fähigen Theiles sich durch einen Vertrag zu verbinden, ungeachtet er in Rücksicht des anderen Theiles bloß die Hoffnung auf den künftigen Nachlaß erhielte, ausdrücklich oder stillschweigend nach §. 863 erklärt worden wäre; der Umstand allein, daß sich eine fähige Person mit einer in ihrer Rechtsfähig-

keit beschränkten in einen Erbvertrag eingelassen hat, kann aber noch keineswegs für eine stillschweigende Einwilligung gelten, da jeder unter solchen Personen eingegangene zweyseitige Vertrag als ein schon durch das Gesetz bedingter Vertrag anzusehen ist, welcher alle Wirkung verliert, wenn die gesetzliche Bedingung der Gültigkeit, nähmlich die Genehmhaltung der gesetzmäßigen Vertreter, nicht eintritt (§. 865) [1]).

5) Wird von einem unter Curatel gesetzten Wahnsinnigen in einem lichten Zwischenraume ohne Genehmigung der Curatelsbehörde ein Erbvertrag abgeschlossen; so kann er in Bezug auf seine Disposition gleichfalls nicht als Vertrag gelten. Denn der §. 865 sagt überhaupt, daß die Gültigkeit der von Personen, die von einem Curator abhängen, geschlossenen Verträge, wodurch sie eine Leistung übernehmen, von der Einwilligung des Vertreters und des Gerichtes abhänge; so lange daher die Curatel über einen solchen Wahnsinnigen verhängt ist, bleibt er unfähig, einen Vertrag überhaupt, und folglich auch einen Erbvertrag ohne gerichtliche Genehmigung zu schließen, und es könnte der Vertrag nicht etwa dadurch aufrecht erhalten werden, daß erwiesen würde, der Wahnsinnige sey zur Zeit des geschlossenen Vertrages seiner Vernunft mächtig gewesen. Da er jedoch in einem solchen lichten Zwischenraume ein gültiges Testament zu errichten fähig ist; so würde auch hier ein von ihm errichteter einseitiger Erbvertrag als letzte Willens-Erklärung zu gelten haben.

§. 1251.

Vorschrift über die eingerückten Bedingungen.

Was von Bedingungen bey Verträgen überhaupt gesagt worden ist, muß auch auf Erbverträge zwischen Ehegatten angewendet werden.

Da die Erbverträge wahre Verträge sind, und sich daher, wie bey Erläuterung des vorigen §. bemerkt worden ist, von letzten (widerruflichen) Willens-Erklärungen wesentlich unterschei-

1) Siehe Winniwarter a. a. O. S. 351, welcher Meinung ich gegenwärtig im Gegensatze zu meiner in der Darstellung der Rechte der Ehegatten §. 166 geäußerten Behauptung vollkommen beytrete.

den; so müssen auf dieselben auch die über Bedingungen bey Verträgen festgesetzten Regeln (§§. 897 — 901), so wie überhaupt alle von Verträgen geltenden allgemeinen Bestimmungen, wo nicht das Gesetz selbst (z. B. in Ansehung der Form) eine Ausnahme festgesetzt hat, oder sich eine solche aus der Natur des Vertrages rechtfertiget, angewendet werden. In letzterer Beziehung sind die gesetzlichen Bestimmungen über Gewährleistung, oder Schadloshaltung wegen Verkürzung über die Hälfte auf Erbverträge nicht wohl anwendbar.

§. 1252.

Wirkung des Erbvertrages.

Ein selbst den öffentlichen Büchern einverleibter Erbvertrag hindert den Ehegatten nicht, mit seinem Vermögen, so lange er lebt, nach Belieben zu schalten. Das Recht, welches daraus entsteht, setzt den Tod des Erblassers voraus; es kann von dem Vertragserben, wenn er den Erblasser nicht überlebt, weder auf Andere übertragen, noch der künftigen Erbschaft willen eine Sicherstellung gefordert werden.

1) Die nächste Wirkung des Erbvertrages ist das unwiderrufliche Erbrecht, nähmlich das ausschließende Recht, einen in Beziehung auf das Ganze bestimmten Theil (§. 1253) der Verlassenschaft (z. B. die Hälfte, drey Viertheile u. s. w.) in Besitz zu nehmen (§. 532). Schon aus diesem gehet hervor, daß der Ehegatte durch einen Erbvertrag nur ein Recht auf dasjenige erlange, was nach dem Tode des Erblassers vorhanden ist. — Hieraus fließen nachstehende, in dem Commentare des Herrn Hofrathes v. Zeiller bereits aufgeführte Folgen.

2) Der Erblasser kann bey seiner Lebenszeit noch immer frey, auch durch unentgeldliche Verträge über sein Vermögen verfügen. Würde aber ein Ehegatte durch unbesonnene Ausgaben die Substanz seines Vermögens dergestalt vermindern, daß er nach den Gesetzen für einen Verschwender zu achten ist; so kann

der andere Ehegatte ohne Zweifel auf Prodigalitäts-Erklärung gegen ihn antragen.

3) Der künftige Erbe ist nicht berechtigt, eine Sicherstellung zu verlangen, oder den Erbvertrag eigenmächtig auf das unbewegliche Gut des verfügenden Theiles vormerken zu lassen [1]). Wird aber dieses Recht mit Genehmhaltung des Erblassers dem öffentlichen Buche einverleibt; so würde dadurch der Letztere doch nicht gehindert, mit seinem Vermögen, so lange er lebt, nach Willkühr zu schalten. — Die in den öffentlichen Büchern geschehene Einverleibung eines Erbvertrages bringt daher von anderen Einverleibungen ganz verschiedene Wirkungen hervor. So muß z. B. in anderen Fällen derjenige, welcher ein unbewegliches Gut an sich bringt, auch alle auf diesem eingetragenen Lasten übernehmen; in unserem Falle aber gehet ungeachtet der geschehenen Einverleibung diese Last auf den Käufer nicht über, sondern sie muß vielmehr auf Begehren desselben gelöscht werden. Diese Sicherstellung kann auch dem Vertragserben nicht dazu dienen, um dadurch den Verlassenschafts-Gläubigern den Vorsprung abzugewinnen; denn der Vertragserbe erlangt, so wie jeder andere Erbe, kein anderes Recht, als die Verlassenschaft des einen Theils in Besitz zu nehmen. Diese besteht aber in den Rechten und Verbindlichkeiten des Erblassers. Er hat also als Erbe alle Gläubiger zu befriedigen, und nur der reine Nachlaß kömmt ihm zu Guten. (Haereditas non intelligitur nisi deducto aere alieno). Die Einverleibung kann aber das ursprüngliche Recht nicht ändern, sondern nur sicherstellen und befestigen. — Aus diesem Grunde kann er sein Erbrecht keineswegs den später einverleibten, ja nicht einmahl denjenigen Gläubigern entgegen setzen, welche gar keine Sicherstellung erlangt haben.

4) Es entsteht somit die Frage, welches Recht der Vertragserbe durch die Einverleibung erlange? — Herr Regierungs-

1) Daraus folgt keineswegs, daß eine Pränotirung des Erbvertrages durchaus nicht Statt finden könne. Setzen wir z. B., daß der Ehegatte erst nach abgeschlossenem Erbvertrage seine Einwilligung zur Einverleibung ertheilte, diese Bewilligung nachträglich auch der Urkunde beydrucke, aber sie nicht zugleich von zwey Zeugen unterfertigen ließe, — so könnte in diesem Zustande der Erbvertrag nicht einverleibt, sondern nur pränotirt werden.

rath Winniwarter [1]) ist der Meinung, die Wirkung der Einverleibung des Erbvertrages sey, daß das Gut, auf welches die Einverleibung geschehen ist, dem Vertragserben vorzüglich vorbehalten bleibe, und daher die Verlassenschafts-Gläubiger und Miterben, in so weit es nur immer möglich ist, ihre Befriedigung aus der übrigen Verlassenschaft suchen und erhalten müssen. Oder mit anderen Worten, der Vertragserbe komme durch diese Einverleibung in Ansehung des Gutes, auf welches sie geschehen ist, mit den Verlassenschafts-Gläubigern und Miterben in dasjenige Verhältniß, in welchem sich die Vermächtnißnehmer in Ansehung jener Personen befinden; er müsse nähmlich, wenn die übrige Verlassenschaft zur Bezahlung der Schulden und zur Befriedigung der Noth- und jener Erben, welche auf den vorbehaltenen reinen Viertheil Anspruch haben, nicht hinreichte, nach der Analogie des §. 692 sich auch einen verhältnißmäßigen Abzug gefallen lassen, aber in so fern dieses nicht der Fall ist, müsse ihm die Sache, auf welche er einverleibt ist, vorbehalten bleiben, und nach der Analogie des §. 690 zuerst die übrige Verlassenschaft zur Befriedigung der Gläubiger und der mit einem stärkeren Erbrechte versehenen Erben verwendet werden.

Gegen diese Ansicht glaube ich aber bemerken zu müssen, daß der Zweck der Einverleibung eines Rechtes auf ein unbewegliches Gut nur die Sicherstellung und Befestigung desselben, keineswegs aber die Abänderung der Natur dieses Rechtes seyn könne. Nun besteht aber eben die Natur des Erbrechtes darin, daß der Erbe in die Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers eintrete; es können daher auch durch die Einverleibung des Erbvertrages die Rechte der Gläubiger, die ihnen auf das Vermögen des Erblassers zugestanden sind, keine Beschränkung erleiden. — Da nun jeder Schuldner mit seinem ganzen Vermögen für die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten haftet (§. 447 Nr. 1), und daher die Gläubiger das Recht hatten, alle Theile des Vermögens des Erblassers zu ihrer Befriedigung zu verwenden; so kann auch die Einverleibung des Erbvertrages die Folge nicht nach sich ziehen, die Gläubiger ihrer Befriedigung

1) Am a. O. S. 353.

wegen auf bestimmte Theile der Verlassenschaft zu beschränken. — Höchstens kann man diese Wirkung des Erbvertrages auf die mit einzelnen Summen bedachten Legatare zugestehen. Denn die Legatare kann der Erblasser wohl beschränken, keineswegs aber seine Gläubiger. — Der gegenwärtige §. sagt auch nicht, daß dem Erben durch die Einverleibung des Erbvertrages ein bestimmtes Recht erwachse, — sondern stellt die Beantwortung der Frage, ob und welches Recht für den Erben dadurch entstehe, lediglich den allgemeinen Bestimmungen des Gesetzes anheim. —

5) Der Erbe muß den Erblasser überleben, er kann sein Erbrecht weder veräußern, noch dasselbe, in so lange es ihm noch nicht angefallen ist (§. 545) auf testamentarische oder gesetzliche Erben übertragen. — Uebrigens können ohne Zweifel bey dem Erbvertrage gemeine oder fideicommissarische Substitutionen Platz greifen, welche dann auch nach den im zehnten Hauptstücke über Nacherben und Fideicommissare aufgestellten Bestimmungen beurtheilet werden.

6) Muß der eingesetzte Erbe sowohl zur Zeit des geschlossenen Erbvertrages, als zur Zeit des wirklichen Anfalles selbst erbfähig seyn. Denn ist er zur Zeit des geschlossenen Erbvertrages unfähig, eine Erbschaft anzunehmen, so mangelt ihm die persönliche Fähigkeit zur Schließung eines solchen Vertrages, und es kann daher auch von der anderen Seite eben so wenig eine gültige Verbindlichkeit entstehen, wenn sich auch in der Folge die Erbunfähigkeit behoben hat, als ein Vertrag, dessen Gegenstand eine unerlaubte Sache ist, verbindlich ist, wenn auch in der Folge das Verboth in Betreff dieser Sache aufgehoben worden ist. Auch muß sich der Erbe in der Folge nicht des Erbrechtes unwürdig gemacht haben.

§. 1253.

Durch den Erbvertrag kann ein Ehegatte auf das Recht, zu testiren, nicht gänzlich Verzicht thun. Ein reiner Viertheil, worauf weder der Jemanden gebührende Pflichttheil, noch eine andere Schuld haften darf, bleibt kraft des Gesetzes zur

freyen letzten Anordnung immer vorbehalten. Hat der Erblasser darüber nicht verfüget; so fällt er doch nicht dem Vertragserben, obschon die ganze Verlassenschaft versprochen worden wäre, sondern den gesetzlichen Erben zu.

1) In Erwägung, daß der Ehegatte oft durch Leidenschaften oder Schmeicheleyen zu einer übermäßigen, in der Folge bereuten Freygebigkeit gegen den Ehegatten hingerissen werden könne, hat ihm der Gesetzgeber das Vermögen entzogen, über die ganze Verlassenschaft durch Erbvertrag zu disponiren, und daher angeordnet, daß ein Ehegatte durch den Erbvertrag auf das Recht zu testiren nicht gänzlich Verzicht leisten könne, und daß ein reiner Viertheil, worauf weder der Jemanden gebührende Pflichttheil, noch eine andere Schuld haften darf, zur freyen Disposition vorbehalten bleibe. Bey Anwendung dieser Vorschrift entsteht nun die Frage: wie der zur freyen letztwilligen Verfügung vorbehaltene Viertheil zu berechnen sey? — Als ausgemacht dürfte angenommen werden, daß zur richtigen Bestimmung des dem Vertragserben gebührenden Theiles und des vorbehaltenen Viertheils zuerst die auf der Verlassenschaft haftenden Schulden von dem ganzen Vermögensstande in Abzug zu bringen seyen; indem dieses schon aus dem richtigen Begriffe der Erbschaft folgt [1]). Eben so dürfte mit jenen Lasten vorzugehen seyn, welche zwar erst nach dem Tode des Erblassers entspringen, aber als eigentliche Verlaßschulden anzusehen sind, und nicht aus dem letzten Willen herrühren. — Lasten der Art sind: die Begräbnißkosten, die Erbschaftssteuern und die Verlassenschaftstaxen. Daß diese Beyträge selbst von Notherben gemeinschaftlich mit den Testaments- oder Vertragserben entrichtet werden müssen, habe ich bereits bey Erläuterung des §. 785 nachzuweisen versucht, sohin fallen dieselben der ganzen Masse zur Last, und müssen daher auch von derselben vorerst in Abzug gebracht werden. — Es ist kein gewichtiger Grund vorhanden, anzunehmen, daß es sich mit dem Pflichttheile anders verhalte; vielmehr ist die Textirung des gegenwär-

1) Siehe meine Darstellung über Rechte der Ehegatten §. 173.

tigen §. von der Art, daß dasjenige, was von den Verlassenschaftsschulden gilt, auch auf den Pflichttheil bezogen werden müsse, da dieser §. die Last der Pflichttheilsentrichtung mit den übrigen Schulden auf eine gleiche Linie setzt, und von den Schulden überhaupt anordnet, daß sie auf dem, dem Ehegatten zur freyen Disposition zu überlassenden Viertheile nicht haften dürfen [1]).

2) Die Vermächtnisse, welche in dem Erbvertrage angeordnet sind, sind nach der Anordnung des gegenwärtigen §. von dem, dem Vertragserben zukommenden Antheile zu berichtigen. Was ist aber Rechtens, wenn das Vermögen, das dem Vertragserben zufällt, nicht hinreicht, um alle Vermächtnisse davon zu entrichten? — v. Scheidlein beantwortet diese Frage dahin [2]), daß kein Zweifel obwalte, daß auch derjenige, dem der letzte Viertheil erblich zukömmt, zur Befriedigung der Legatare das Mangelnde beytragen müsse, eben weil er auch Erbe ist, und weil die Verlassenschafts-Gläubiger sowohl als die Legatare ihrer Befriedigung wegen sich an die ganze Verlassenschaft ohne Rücksicht, wie dieselbe unter die verschiedenen Gattungen der Erben vertheilt werde, zu halten berechtiget sind. — Allein dieser hier aufgestellte, der Regel nach allgemein gültige Grundsatz leidet einige Ausnahme. — Denn der §. 649 spricht deutlich aus, daß die Vermächtnisse zwar in der Regel den Erben nach Maß ihres Erbtheiles zur Last fallen, daß es jedoch von dem Erblasser abhänge, ob er die Abführung eines Legates einem Miterben oder auch einem Legatare auftragen wolle. Ist daher einem Miterben allein die Entrichtung eines Legates aufgetragen worden, so lastet diese Verbindlichkeit auf ihm allein, und es können die Miterben zu einem Beytrage nur dann pflichtig werden, wenn sie ohne Bestimmung der Theile, oder in dem allgemeinen Ausdrucke einer gleichen Theilung zur Erbschaft berufen werden; weil sie auch in dem Falle, als der eingesetzte, mit dem Legate beschwerte Erbe,

1) Ich habe zwar in meiner Abhandlung über die Rechte der Ehegatten eine von dieser aufgestellten Ansicht abweichende Meinung geäußert. Allein gerne der besseren Ueberzeugung nachgebend, schließe ich mich hier der Behauptung des Herrn Reg. Rathes Professor D Winnwarter (Wagn. Zeitsch. 1825 VI. Heft 357 — 359) an.

2) Miscellen 3. H. §. 121.

die Erbschaft nicht annehmen wollte, Kraft des Gesetzes in die Rechte und Verbindlichkeiten des Letzteren eintreten würden (§. 560). Es scheint somit alles darauf anzukommen, wie der Erblasser disponirt hat. Hat er nähmlich den anderen Erben durch ein Testament bestimmt auf den erübrigenden Viertheil der Verlassenschaft zum Erben eingesetzt, und darin von einem Vermächtnisse keine Erwähnung gemacht; so kann dieser Erbe auch nicht verhalten werden, zu jenen Vermächtnissen, mit welchen der Vertragserbe beschwert worden ist, beyzutragen, da ihm in diesem Falle auch kein Zuwachsrecht gebühret. Wurde aber derselbe unbestimmt zum Erben eingesetzt, so muß er in dem Falle, als der Vertragserbe sich nur mit Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars erbserklärt hat, den Vermächtnißnehmern das Mangelnde ersetzen, wo hingegen in dem Falle, als der Vertragserbe sich unbedingt erbserklärt hätte, derselbe das Mangelnde aus seinem Vermögen zu vergüten hätte.

3) Der Erblasser kann also, nach Anordnung des gegenwärtigen §., ungeachtet dessen, daß er in dem Erbvertrage die ganze Verlassenschaft zugesichert hat, doch immer noch insbesonders über einen Viertheil seines reinen Vermögens verfügen, dazu einen Erben einsetzen, oder denselben durch Vermächtnisse erschöpfen. Hat er darüber nicht verfügt, so sollte es scheinen, daß der Vertragserbe die ganze Verlassenschaft erhalte, weil der Gesetzgeber dem Erbvertrage hinsichtlich des mehrerwähnten Viertheils bloß die Eigenschaft einer unwiderruflichen Willens-Erklärung benehmen wollte, und bey seinem ausdrücklich erklärten Willen, daß der durch den Vertrag bedachte Erbe die ganze Verlassenschaft erhalten solle, doch unmöglich vermuthet werden könne, er wolle diesen Viertheil nicht diesem, sondern seinen gesetzlichen Erben zuwenden. Dessen ungeachtet hat der Gesetzgeber das Gegentheil ausdrücklich angeordnet. — Jedem denkenden Juristen muß sich daher hier die Frage aufdringen, durch welche Ansicht der Gesetzgeber zu dieser Disposition bewogen worden seyn konnte? — Ich meines Theils glaube, der Grund dieser gesetzlichen Anordnung liege in Folgendem: Der Gesetzgeber ging nähmlich, wie bereits erwähnt wurde, von der Ansicht aus, daß ein Ehegatte

sich leicht durch Leidenschaft oder Schmeicheleyen oft zu einer übermäßigen, in der Folge bereuten Freygebigkeit hinreißen lassen könne, und dadurch sich selbst die Mittel entziehe, gegen andere, vielleicht um ihn mehr verdiente Personen seine Dankbarkeit auch noch nach seinem Tode äußern zu können. Aus dieser Ursache sollte daher ein Viertheil der Verlassenschaft dem Erblasser zur Disposition ganz frey bleiben, und aller directe und indirecte Zwang, auch diesen Theil dem Vertragserben zuzuwenden, sollte nach der Absicht des höchsten Gesetzgebers entfernt werden. Würde aber in dem Falle, als ein Ehegatte dem anderen die ganze Verlassenschaft zugesichert, und keine gegentheilige Verfügung mehr getroffen hat, dieselbe dem Vertragserben zufallen; so würde mancher gewissenhafte Ehegatte wenigstens in seinem Inneren sich verbunden halten, dem bereits geschlossenen Vertrage nicht mehr entgegen zu handeln, und die Absicht des Gesetzgebers würde daher nicht in einem so vollkommenen Maße erfüllt, als es in dem Falle geschieht, wenn der übrige Theil nicht dem Vertragserben, sondern den gesetzlichen Erben zufällt. — Jeder Ehegatte weiß nun, daß er durch eine andere Verfügung seinem Mitgatten in den aus dem Erbvertrage hervorgehenden rechtlichen Wirkungen gar keinen Schaden zufüge, und daß, wenn er ihm die ganze Verlassenschaft zugesichert hat, es gerade so viel sey, als wenn er ihm nur drey Viertheile derselben versprochen hätte; er wird daher um so weniger Bedenken tragen, auch andere Personen, denen er sich dankbar zu zeigen verpflichtet glaubt, oder für die er eine besondere Vorliebe hat, durch letzten Willen von dem ihm zur Disposition erübrigenden Viertheile zu bedenken. — Vielleicht liegt aber der gesetzliche Grund dieser Anordnung darin, daß der Gesetzgeber den Ehegatten abhalten wollte, den anderen an der Disposition über einen Viertheil zu verhindern, oder die Disposition zu unterdrücken, was zwischen Ehegatten leicht möglich ist. Einige glauben zwar, weder den ersteren noch letzteren Grund annehmen zu können [1]). Denn der erstere Grund, sagt man, beweise zu viel; weil, wenn er richtig wäre, er auch gegen jede

1) Siehe die mehrerwähnte Abhandlung des Herrn K. K. Professor Winniwarter. S. 360.

später gemachte Verfügung über den Viertheil zu Gunsten des Vertragserben gelte, da auch hier eine durch mangelhafte Einsicht entstandene Gewissenhaftigkeit den Ehegatten abhalten könnte, seine Verfügung abzuändern. Allein ich glaube, daß doch immer eine große Verschiedenheit zwischen einem Acte obwalte, der mich wenigstens nach naturrechtlichen Grundsätzen zur Erfüllung verpflichtet, und dem nur das positive Recht die im Naturrechte gegründete Wirkung entzogen hat, und einem solchen, der schon seiner Natur nach mich in die Lage setzet, eine abändernde Verfügung treffen zu können. So bin ich z. B. nach positivem Rechte nicht verpflichtet, eine Spielschuld zu bezahlen; dessen ungeachtet wird jeder ehrliebende Mensch Anstand nehmen, von dem ihm durch das Gesetz eingeräumten Befugnisse Gebrauch zu machen. — Ein Versprechen aber zu widerrufen, zu dessen Erfüllung man sich wegen Abgang der Annahme schon nach naturrechtlichen Grundsatzen nicht verpflichtet fühlet, wird Jedermann auch weniger Anstand nehmen, sobald sich Gründe hierzu ergeben. — Der zweyte Grund dagegen, glaubt man, habe darum nicht Statt, weil das Gesetz mit Recht unter Ehegatten wechselseitiges Zutrauen und eine rechtliche Handlungsweise vermuthet. — Dieses zugegeben, so wird man doch nicht in Abrede stellen können, daß es mehrere Ausnahmsfälle gebe, wo diese Vermuthung sich leider nicht erwahret. Konnte nun der Gesetzgeber nicht auch hier auf diese Ausnahmsfälle Bedacht nehmen, und dem Ehegatten den ihm durch nahe Gelegenheit angebothenen Reitz benehmen wollen, eine solche widerrechtliche Handlung zu unternehmen? Uebrigens ist es gewiß, daß der Gesetzgeber einen bestimmten Grund gehabt haben mußte, diese Anordnung festzusetzen, und es ist bisher außer den obigen beyden kein anderer Grund angegeben worden.

4) Es kommt in der juridischen Praxis sehr oft vor, daß dem Erbvertrage die Clausel beygerückt wird, daß diese gegenseitige Willens-Erklärung in Betreff des Viertheils, über welches die Ehegatten durch Vertrag nicht disponiren können, als ein Testament angesehen, und als solches aufrecht erhalten werden solle. Diese Clausel scheint der Absicht des höchsten Gesetzgebers, vermög welcher der in einem Erbvertrage erklärte Wille des Ehe-

gatten in Bezug auf diesen Viertheil nicht einmahl als eine einfache Willens-Erklärung gültig seyn soll, platterdings entgegen zu stehen, und scheint den Zweck vereiteln zu wollen, welchen der Gesetzgeber bey Erlassung dieser Anordnung vor Augen gehabt hat. — Aus diesem Grunde halte ich daher eine solche in dem Erbvertrage selbst vorkommende Clausel, welche die aus politischen Gründen erlassene Anordnung des Gesetzgebers wieder entkräften soll, für unwirksam.

§. 1254.

Erlöschung desselben.

Der Erbvertrag kann zum Nachtheile des andern Gatten, mit dem er geschlossen worden ist, nicht widerrufen; sondern nur nach Vorschrift der Gesetze entkräftet werden. Den Notherben bleiben ihre Rechte, wie gegen eine andere letzte Anordnung vorbehalten.

1) Es liegt schon in der Natur jedes Vertrages, und sohin auch in der eines Erbvertrages, daß er nicht einseitig widerrufen werden könne. Sollte in dem Erbvertrage der ausdrückliche Vorbehalt des Widerrufes enthalten seyn, so würde sich der Erbvertrag in ein einseitiges oder wechselseitiges Testament umwandeln; je nachdem der Vorbehalt des Widerrufes nur von einem Theile, oder von beyden Theilen gemacht wurde [1]). Doch erklärt das Gesetz einen solchen einseitigen Widerruf nur in so fern für unwirksam, als er zum Nachtheile des andern Ehegatten geschieht; kommen daher in dem Erbvertrage Dispositionen vor, worin andere Personen bedacht werden, so sind sie der Regel nach widerruflich. Denn diese Dispositionen enthalten entweder wirkliche Erbseinsetzungen oder Vermächtnisse. Im ersten Falle hört das Befugniß, sie zu widerrufen, selbst in dem Falle nicht auf, wenn auch von Seite dieser dritten Personen die Annahme in dem Erbvertrage selbst erklärt worden wäre, weil Erbverträge nur zwischen

1) v. Zeiller zu §. 1253 Nr. 1; und v. Scheidlein a. a. O. §. 123.

Ehegatten von Gültigkeit sind; kommen darin Vermächtnisse vor, so sind sie nur in dem Falle unwiderruflich, als von Seite der Bedachten die Annahme ausdrücklich erkläret, von Seite des verfügenden Ehegatten aber sich des Befugnisses, das Vermächtniß zu widerrufen, ausdrücklich begeben, und dem Bedachten darüber eine Urkunde eingehändigt wurde (§. 956).

2) Ein Erbvertrag kann daher nur nach Vorschrift der Gesetze entkräftet werden. Diese Fälle sind: a) Wenn in dem Falle, als der Erbvertrag ein wechselseitiges Versprechen beyder Eheleute in sich enthält, beyde Ehegatten in die Aufhebung des Erbvertrages willigen. Es entsteht hier die Frage, ob diese Einwilligung zur Auflösung des Erbvertrages wieder unter den nähmlichen Förmlichkeiten gegeben werden müsse, wie zum Erbvertrage selbst? — Ist z. B. ein Erbvertrag noch gültig, wenn erwiesen werden kann, daß beyde Ehegatten mündlich übereingekommen sind, daß die in selbem enthaltenen Bestimmungen aufgehoben seyn sollen? — Man könnte versucht werden, diese Frage mit ja zu beantworten, weil Erbverträge die Form mit Testamenten gemein haben, und daher alles dasjenige, was bey dem Widerrufe der Testamente der Form nach vorgeschrieben worden ist, auch bey dem einverständlichen Widerrufe eines Erbvertrages beobachtet werden zu müssen scheinet. Allein eine tiefere Ansicht dieser Sache gibt ein anderes Resultat. Wenn nähmlich ein Erbvertrag durch wechselseitiges Einverständniß aufgehoben werden soll, so ist lediglich nothwendig, daß beyde Ehegatten sich erklären, auf das Recht, welches dem einen durch das angenommene Versprechen des andern zu Theil geworden ist, Verzicht zu leisten. Denn, indem ein Theil dem durch das angenommene Versprechen des anderen Theiles erwachsenen Rechte entsagt, wird auch von der anderen Seite die Verbindlichkeit, das Versprechen zu erfüllen, aufgehoben (§. 1444), und sohin der Vertrag aufgelöset. Eine solche Verzichtleistung fordert aber die Förmlichkeiten eines Testamentes nicht. Es ist also auch klar, daß die Auflösung eines Erbvertrages, welches mit beyderseitigem Einverständnisse der Ehegatten geschieht, an die Förmlichkeiten eines Testamentes nicht gebunden sey. — Eine andere Frage ist aber, ob der Erb-

vertrag nicht dadurch bloß die Eigenschaft der Widerruflichkeit erhalte, und sich sohin in ein wechselseitiges Testament umwandle? — denn man könnte sagen, daß durch die beyderseitige Verzichtleistung der Ehegatten bloß die Annahme des gegenseitigen Versprechens, keineswegs aber die letztwilligen Verfügungen aufgehoben worden seyen, welche vielmehr noch immer als einseitige Willensverfügungen fortbestehen, und nur auf die nähmliche Art, wie andere letztwillige Verfügungen, widerrufen werden können. — Allein durch die Entsagung des Berechtigten wird ipso facto das Versprechen des andern Theils aufgelöst, und es bedarf dazu keines besondern Widerrufes, sonst müßte ein anderes angenommenes Versprechen, auf welches der Berechtigte in der Folge Verzicht geleistet hat, ebenfalls noch so lange fortdauern, und dem Verzichtleistenden das Recht der Wiederannahme so lange bevorstehen, bis dieses Versprechen ausdrücklich widerrufen ist, was doch gewiß Niemand behaupten wird. Kommen aber in dem Erbvertrage Dispositionen zu Gunsten dritter Personen vor, so hatten selbe gleich ursprünglich die Eigenschaften letzter Willens-Anordnungen; es muß daher bey deren Widerrufe alles dasjenige beobachtet werden, was hinsichtlich des Widerrufes einer letzten Willens-Anordnung überhaupt vorgeschrieben ist.

3) Ist b) das Versprechen des künftigen Nachlasses nur von einem Ehegatten gemacht worden, so erlischt dasselbe durch Entsagung des anderen Ehegatten. — Die Entsagung kann gleichfalls mündlich oder schriftlich, ausdrücklich oder stillschweigend, entgeldlich oder unentgeldlich geschehen, und fordert übrigens ebenfalls keine besonderen Förmlichkeiten. Zwar könnten Manche glauben, daß eine solche einseitige Entsagung eines unzweifelhaften Rechtes als eine Schenkung anzusehen sey, und daher mit den für eine Schenkung vorgeschriebenen Förmlichkeiten versehen seyn müsse. Allein auch dieses wäre irrig; denn, daß eine solche Verzichtleistung, wenn sie bloß einseitig geschieht, ohne daß sie zugleich von dem versprechenden Ehegatten angenommen worden ist, keine Schenkung sey, ist klar in dem §. 939 ausgesprochen. Dagegen scheinet aber aus dem Inhalte dieses §. deutlich hervorzugehen, daß, im Falle die Annahme von der andern Seite erklärt ist,

diese Verzichtleistung die Natur einer Schenkung annehme. Allein dieser Schein verschwindet, wenn wir das Ganze vor Augen halten, was bey Erläuterung des §. 939 dargethan worden ist, nähmlich, daß sich durch eine Schenkung das Eigenthum des Beschenkten nach der Absicht des Verzichtleistenden vermehren soll. Aus eben diesem Grunde kann auch die Entsagung des Vertragserben auf sein ihm zugesichertes Erbrecht, wenn sie auch mit Zustimmung des Theiles, der das Versprechen gemacht hat, geschieht, als keine Schenkung angesehen werden, da hierdurch das Eigenthum desselben nicht vergrößert wird. Denn das Recht, auf welches der bedachte Theil verzichtet hat, nähmlich, das Erbrecht, kann auf den andern Theil nicht zurückfallen, da er nicht sein eigener Erbe seyn kann.

4) Die Wirksamkeit des geschlossenen Erbvertrages wird c) durch die eintretende Unfähigkeit oder Unwürdigkeit des Vertragserben aufgehoben. Nach der Behauptung des Herrn Regierungsrathes v. Scheidlein kömmt es jedoch hierbey weder auf die Zeit des errichteten Erbvertrages, noch weniger auf die Zwischenzeit, innerhalb welcher die Unfähigkeits- oder Unwürdigkeits-Ursache sich ereignet hat, sondern lediglich auf die Zeit des Todes des Erblassers an. Allein, daß der Erbvertrag an und für sich ungültig sey, wenn zur Zeit des geschlossenen Erbvertrages der bedachte Ehegatte zu erben unfähig ist, wurde bereits im §. 1253 zu erweisen gesucht; hier soll nun dargethan werden, daß auch eine in der Zwischenzeit eingetretene Erbunfähigkeit oder Unwürdigkeit den geschlossenen Erbvertrag auflöse. — Denn aus dem Grunde, daß bey der Intestat-Erbfolge, und auch bey der Erbfolge aus einem Testamente lediglich auf den Zeitpunct des Erbanfalls Rücksicht genommen wird, läßt sich nicht schließen, daß dieses auch bey Erbverträgen zu gelten habe, da sich die Ursache dieses Unterschiedes deutlich einsehen läßt. Denn was die Intestat-Erbfolge betrifft, so liegt es ganz in der Natur der Sache, daß hierbey in Betreff der Erbsunfähigkeit nur der Zeitpunct des Todes des Erblassers berücksichtiget werden könne; daß aber ein Testament durch den Umstand der in der Zwischenzeit eingetretenen Erbsunfähigkeit nicht zernichtet werde, hat zum Grunde, weil die

noch immer von dem veränderlichen Willen des Erblassers abhängende Ernennung dem vermeintlichen Erben noch gar kein wirksames Recht gibt. Warum soll er daher schon bey Errichtung des Testaments, oder gar auch in der Zwischenzeit erbfähig seyn? genug wenn er bis zum Zeitpuncte des Anfalles erbfähig geworden ist [1]). Dieser Grund passet nun offenbar nicht auf den Vertragserben, denn dieser erhält durch den Erbvertrag schon ein wirksames Recht dergestalt, daß der Erblasser seine aus dem Erbvertrage entspringenden Rechte nicht mehr einseitig aufheben kann. Darum beschränkt sich auch selbst Herr Hofrath v. Zeiller in der Erklärung der §§. 545 und 546 ausdrücklich auf die Intestats- und Testamentserben, und beruft sich in Betreff der Fähigkeit des Vertragserben auf den §. 1250.

Nachdem ich nun einige Zweifel gegen die Ansicht, daß auch bey einem Erbvertrage in Betreff der Unfähigkeit oder Unwürdigkeit des Vertragserben bloß auf die Zeit des wirklichen Erbanfalles gesehen werden müsse, angeregt habe, suche ich meine Meinung durch Nachstehendes zu begründen. Da Erbverträge die Natur der Verträge an sich haben, so werden sie auch so, wie alle übrigen Verträge entkräftet. Unser allgemeines bürgerliches Gesetzbuch spricht dieses zwar nicht wörtlich aus, allein dieser Satz ist zweifellos in dem enthalten, daß Erbverträge nach Vorschrift der Gesetze entkräftet werden. Deutlicher drückt sich hierüber das Gesetzbuch für Westgallizien aus, da es im zweyten Theile §. 527 sagt: Der wesentliche Unterschied zwischen Erbverträgen und letztwilligen Verfügungen besteht also darin, daß diese von dem Erblasser immer verändert, auch widerrufen, jene aber nur, wie andere Verträge, aufgehoben, und nach Vorschrift der Gesetze entkräftet werden können. Nun wird nach §. 880 ein Vertrag dadurch entkräftet, daß der Gegenstand, worüber er geschlossen worden ist, in der Zwischenzeit (von dem gemachten Versprechen bis zur Erfüllung desselben) dem Verkehre entzogen wird [2]). Das Gesetz macht

1) Siehe v. Zeiller zu §. 546 Nr. 4.

2) Was Herr R. R. und Professor Winniwarter gegen diese bereits in meiner Darstellung der Rechte der Ehegatten aufgestellte Ansicht in der Wagn. Zeitschrift Jahrg., 1825 6. H. S. 360 erinnerte, ist bereits bey Erläuterung des §. 830 gewürdiget worden.

hier keinen Unterschied, ob der Vertrag bedingt oder unbedingt geschlossen worden sey, und es darf daher auch in dem Falle, als ein Recht unter einer aufschiebenden Bedingung zugesichert worden ist, nicht auf den Zeitpunct der eingetroffenen Bedingung gesehen werden, in welchem Zeitpuncte die verbothene Sache dem Verkehre wieder heimgegeben seyn könnte. Auch kann es nicht darauf ankommen, ob der Gegenstand des Vertrages im Allgemeinen dem Verkehre entzogen, oder ob bloß derjenige, welchem er zugedacht wurde, zur Erwerbung desselben unfähig geworden sey; denn in diesem Falle ist der Gegenstand wenigstens in Bezug auf den Paciscenten dem Verkehre entzogen worden. Nun ist das durch einen Erbvertrag versprochene Recht kein anderes, als das unter der Bedingung des Todesfalls des disponirenden Theiles dem andern zugesicherte Recht, das dort vorhandene Vermögen des Erstern in Besitz nehmen zu können; hat nun in der Zwischenzeit von dem gemachten Versprechen bis zum Eintreffen der Bedingung der Promissar das Befugniß verloren, ein Recht durch Erbschaft zu erwerben, so ist der Gegenstand des Vertrages in Bezug auf seine Person dem Verkehre entzogen worden; es ist also eben so viel, als wenn gar kein Erbvertrag geschlossen worden wäre. Das, was hier von der Erbunfähigkeit gesagt worden ist, gilt auch von der Erbunwürdigkeit, die überhaupt im Allgemeinen unter der Erbunfähigkeit begriffen ist. Es wäre ganz sonderbar, wenn hier nur auf den Zeitpunct des Todes gesehen würde; denn die im §. 543 angeführte Erbunwürdigkeit kann unter Eheleuten nicht Platz greifen, und die im §. 542 erwähnte dauert immer fort, und kann nur durch den Willen des Gesetzgebers aufhören. Man weiß also schon vorhinein, daß bey dem Zeitpuncte des Todfalls der Vertragserbe noch immer des Erbrechts unwürdig seyn wird, und es wäre daher sonderbar, wenn der disponirende Ehegatte nicht sogleich freye Hände bekäme, seine Erbschaft einem Andern gültig zusagen zu können. Es bliebe sohin eigentlich hier nur der Fall des §. 540 über; allein hier enthüllt sich die Sonderbarkeit der gegentheiligen Behauptung ganz vorzüglich. Denn gesetzt, der als Erbe eingesetzte Ehegatte hätte seinen Mitgatten aus bösem Vorsatze an seiner Ehre, seinem Leibe oder Vermögen auf solche Art verletzt,

daß gegen ihn von Amtswegen, oder wenigstens auf Verlangen des Verletzten nach dem Strafgesetze hätte verfahren werden können; der beleidigte Ehegatte hätte in Folge dessen, und mit Bezug auf den §. 540, nach welchem sich sein Mitgatte des ihm durch Erbvertrag zugesicherten Erbrechtes unwürdig gemacht hat, den Sempronius zum Erben eingesetzt, in der Folge aber sich mit seinem Beleidiger wieder ausgesöhnt, ohne jedoch die bereits errichtete Willens-Anordnung zu widerrufen, welche er vielmehr noch kurz vor seinem Tode bestätiget hat: so würde bey dem Bestande der gegentheiligen Meinung seine letztwillige Disposition, in so weit sie dem Erbvertrage entgegen steht, dessen ungeachtet ungültig seyn, weil zur Zeit des Todes die Erbunwürdigkeit des Vertragserben zu existiren aufgehört hat; der beleidigte Gatte müßte sich wohl hüthen, seinem Beleidiger zu verzeihen, wollte er anders, daß seine dem Erbvertrage entgegen laufende Disposition bey Kräften bleiben soll [1]).

42 *

1) Winniwarter bemerkt dagegen am a. O. S. 365, daß man eine recht kleinliche Denkungsart in dem beleidigten Ehegatten voraussetzen müßte, der durch die Rücksicht, daß durch die Aussöhnung seine, während der Unwürdigkeit des anderen Ehegatten gemachte letztwillige Verfügung wirkungslos würde, sich auszusöhnen abgehalten würde, — und daß, wenn es auch einen solchen Gatten gäbe, darin noch kein Grund liege, von der allgemeinen Regel des Gesetzes eine Ausnahme zu machen, da die Gesetze für ungewöhnliche Fälle, zumahl wenn sie schon unter die moralischen Abnormitäten gehören, nicht gegeben sind. Ich bemerke vor Allem, daß hier von keiner innerlichen Aussöhnung, die bloß im Gemüthe vorgeht, sondern von den äußerlichen Zeichen der Aussöhnung die Rede sey, und ich muß dann aufrichtig gestehen, daß ich keine kleinliche, unter die moralischen Abnormitäten gehörige Denkungsart in demjenigen Ehegatten erkennen könne, der, weil dessen Gattinn, die er in dem Erbvertrage zur Universalerbinn einsetzte, sich mehrmahl auf eine höchst undankbare Weise gegen ihn benommen hat, und zuletzt so weit gegen ihn gegangen ist, daß sie ihn durch Gift aus der Welt zu schaffen trachtete, sich zur Schonung seiner Gattinn herbeyläßt, mit ihr den abgebrochenen Umgang vor der Welt fortzusetzen, und sich auch vor der Welt zu erklären, daß er vollkommen mit ihr ausgesöhnt sey, — zugleich aber sich nicht entschließen kann, seinem Pflegesohne, den er sehr liebt, und dem er selbst Pflichten der Dankbarkeit schuldig ist, die ihm inzwischen in einem Testamente zugedachte Erbschaft zu Gunsten seiner unwürdigen Gattinn zu entziehen. — Viel sonderbarer würde mir ein Gesetz vorkommen, das anordnete: »Willst du deinem unwürdigen Gatten verzeihen, so mußt du ihm auch das entzogene Erbrecht wieder zurückstellen; willst du dieses nicht, so darfst du dich auch mit deinem Gatten nicht aussöhnen.“

§. 1255.

Fruchtnießung auf den Todesfall (Advitalitäts-Recht).

Wenn ein Ehegatte dem andern die Fruchtnießung seines Vermögens auf den Fall des Ueberlebens ertheilet; so wird er dadurch in der freyen Verfügung durch Handlungen unter Lebenden nicht beschränkt; das Recht der Fruchtnießung (§§. 509 — 520) bezieht sich nur auf den Nachlaß des frey vererblichen Vermögens.

1) Die Fruchtnießung auf den Todesfall (in Gallizien unter dem Nahmen Advitalitäts-Recht bekannt) ist jener Vertrag, wodurch ein Ehegatte dem andern die Fruchtnießung seines (ganzen oder eines Theiles des) Vermögens auf den Fall des Ueberlebens ertheilet [1]). Er kann in manchen Fällen als ein wirklicher Erbvertrag angesehen werden, und hat dann auch die Eigenschaften mit einem solchen gemein; in andern Fällen ist er als eine Schenkung auf den Todesfall zu betrachten, und muß daher mit selber gleiche Eigenschaften haben.

2) Als ein Erbvertrag ist er in allen jenen Fällen anzusehen, wo die Fruchtnießung des ganzen Vermögens, oder eines in Bezug auf das ganze Vermögen bestimmten Theiles für den Fall des Ueberlebens verwilliget wird (§. 532) [2]). Ein solcher Vertrag kann also ebenfalls bloß unter Ehegatten gültig geschlossen werden, und hat folgende Eigenschaften:

---

1) Zeillers Commentar §. 1255 Nr. 1.

2) Diese Behauptung steht mit meiner bey Erläuterung des §. 532 entwickelten Ansicht in Verbindung, und muß mit selber stehen oder fallen. Zu dem schon dort angeführten Raisonnement glaube ich bemerken zu müssen, daß das Recht der Fruchtnießung eines bestimmten Erbtheils selbst wieder ein Erbtheil sey. Denn eine Erbschaft ist ja zufolge der §§. 531 u. 532 nichts anders, als der Inbegriff der Rechte und Verbindlichkeiten eines Verstorbenen mit Beziehung auf den Erben. Wenn nun nicht eine einzige Person in diese Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers eintritt, sondern mehrere Personen daran Theil nehmen, so entstehen mehrere Erbtheile. Dieses ist aber auch der Fall, wenn der Erblasser das in ihm vereinigte Recht auf die Substanz und die Nutzungen seines Vermögens trennet, und dem Einem nur das Recht auf die Substanz, dem Andern aber das Recht auf die Nutzungen einräumt. — In diesem Falle tritt keiner in die sämmtlichen Rechte und Verbindlichkeiten

a. Bringt er bey Lebzeiten beyder Ehegatten keine andere rechtliche Wirkung hervor, als daß der Promittent an sein Versprechen gebunden ist, und nicht mehr einseitig davon abgehen kann; in der freyen Verfügung durch Handlungen unter Lebenden wird er aber dadurch nicht beschränkt.

b. Kann er, eben weil er ein Vertrag ist, nicht einseitig widerrufen, sondern nur nach Vorschrift der Gesetze entkräftet werden.

c. Kann er sowohl als ein einseitiger als auch als ein zweyseitiger Vertrag verbindlich seyn, je nachdem nähmlich nur von einem Theile das Versprechen gemacht, oder auch von der Gegenseite eine gleiche Zusicherung ertheilet wird.

d. Muß er unter eben jenen Förmlichkeiten, wie ein Erbvertrag, errichtet werden, wenn er auf Rechtsgültigkeit Anspruch machen will.

e. Darf durch einen solchen Vertrag weder der Pflichttheil der Notherben verkürzt werden, noch darf sich der Fruchtgenuß auf jenen Viertheil des Nachlasses ausdehnen, welcher in Folge des §. 1253 dem Ehegatten zur freyen Disposition übrig bleiben muß.

f. Derjenige Ehegatte, welchem auf solche Art der Fruchtgenuß zugesichert wird, ist eine Sicherstellung desselben zu fordern, eben so wenig, wie der Vertragserbe, berechtigt; und auch in dem Falle, als der dießfällige Vertrag mit Einwilligung des disponirenden Ehegatten in die öffentlichen Bücher einverleibt worden wäre, ist derselbe nichts destoweniger befugt, unter Lebenden mit seinem Vermögen nach Belieben zu verfügen.

3) Wird aber von einem Ehegatten dem andern die Fruchtnießung einer einzelnen Sache, einer oder mehrerer Sachen von gewisser Gattung, oder einer bestimmten Summe (§. 535) zugedacht, dann ist dieses angenommene Versprechen kein Erbvertrag mehr,

---

des Erblassers ausschließend, sondern jeder nur zum Theile ein. Wäre die Jemanden in einer letzten Willenserklärung zugedachte Fruchtnießung der Erbschaft lediglich als ein Vermächtniß anzusehen, so müßte sich der Fruchtnießer, da ihm als Vermächtnißnehmer das Recht, die Inventur zu verlangen, nicht zusteht, mit dem begnügen, was ihm der eingesetzte, und sich unbedingt erklärte Erbe in seinem Vermögens-Ausweise zuzuweisen für gut findet.

sondern eine Schenkung auf den Todesfall, und muß nach den für dieses Rechtsinstitut bestehenden Vorschriften beurtheilet werden. Sind daher bey einem solchen Vertrage lediglich die Förmlichkeiten eines Testaments beobachtet worden, ohne daß sich die verfügenden Theile des Befugnisses, ihre Verfügung zu widerrufen, ausdrücklich begeben haben, so ist die Bestellung der Fruchtnießung auf den Todesfall trotz des angenommenen Versprechens als kein Vertrag, sondern nur als ein Vermächtniß gültig. Tritt aber zu der Annahme auch noch der Umstand hinzu, daß sich der verfügende Theil des Befugnisses, seine Verfügung zu widerrufen, ausdrücklich begeben, und dem andern Theile darüber eine schriftliche Urkunde eingehändigt hat; dann ist die Bestellung der Fruchtnießung als eine Schenkung auf den Todesfall gültig [1]), und der bedachte Ehegatte erhält dadurch ein persönliches Recht gegen den Andern zu fordern, daß er mit der ihm zur Fruchtnießung für den Todesfall eingeräumten Sache weder unter Lebenden noch auf den Todesfall eine solche Verfügung treffe, wodurch dieses Recht gestört würde. Die Wahrheit dieser hier aufgestellten Behauptungen ergibt sich deutlich daraus, daß der Gesetzgeber §. 1246 die Regel aufstellte, daß die Gültigkeit oder Ungültigkeit der Schenkungen zwischen Ehegatten nach den für die Schenkungen überhaupt, folglich auch nach den für die Schenkungen auf den Todesfall bestehenden Gesetzen beurtheilet werde.

§. 1256.

Wird aber die Fruchtnießung eines unbeweglichen Gutes mit Einwilligung des Verleihers den öffentlichen Büchern einverleibt; so kann dieselbe in Hinsicht dieses Gutes nicht mehr verkürzt werden.

Die nähmliche Rechtswirkung, wie die ausdrückliche Verzichtung auf das Befugniß zu widerrufen, bringt unter Ehegatten der Umstand hervor, daß die dem einen Ehegatten eingeräumte Fruchtnießung eines unbeweglichen Gutes mit Einwilligung

1) §. 956.

des Verleihers den öffentlichen Büchern einverleibt wird; in diesem Falle kann nähmlich selbe in Hinsicht dieses Gutes nicht verkürzt werden. Der bedachte Theil erhält überdieß durch diese Einverleibung ein dingliches, gegen jeden Besitzer des Gutes zur Zeit des eingetretenen Todfalles des anderen Theiles wirksames Recht. — Ueberdieß fordert das Gesetz, daß die Einverleibung in die öffentlichen Bücher mit Einwilligung des Verleihers geschehe. Würde daher auch eine Grundbuchsbehörde ohne diese Einwilligung die Pränotation dieses Rechtes auf Fruchtnießung bewilligen, und selbe dann im Wege der Justificirung als gerechtfertigt erkennen; so könnte dieses den Verleiher nicht hindern, unter Lebenden mit der dem andern Theile zur Fruchtnießung eingeräumten Sache nach Belieben zu verfügen. Der Grund hiervon scheint darin zu liegen: damit eine Schenkung auf den Todesfall als ein Vertrag, und nicht als ein bloßes Vermächtniß gültig sey, ist, wie bereits erwähnt worden, nothwendig, daß sich der Schenkende des Befugnisses, die Schenkung zu widerrufen, ausdrücklich begebe. Hat nun ein Ehegatte bey Bestellung der Fruchtnießung zwar sich des Befugnisses, diese Bestellung zu widerrufen, nicht ausdrücklich begeben, aber dem andern Theile gestattet, daß er das Recht der Fruchtnießung auf das unbewegliche Gut einverleiben lassen könne; so scheint er durch diese Verfügung ebenfalls seine Verzichtleistung auf das Befugniß des Widerrufes an den Tag gelegt zu haben. Geschieht aber die Einverleibung der dießfälligen Urkunde bloß in Folge eines gerichtlichen Erkenntnisses, und nicht in Folge der freyen Einwilligung des andern Theils, so kann hier diese Vermuthung nicht Platz greifen; die Bestellung der Fruchtnießung war gleich ursprünglich nur als ein Vermächtniß, und nicht als ein Vertrag gültig, und konnte seine Natur durch die Einverleibung in die öffentlichen Bücher nicht verändern.

§. 1257.

In dem Falle, daß der überlebende Theil sich wieder verehelichet, oder die Fruchtnießung einem andern abtreten will, haben die Kinder des verstor-

benen Ehegatten das Recht zu verlangen, daß ihnen dieselbe gegen einen angemessenen jährlichen Betrag überlassen werde.

Weil der Fruchtnießer die Sache (mit Schonung der Substanz) ohne Einschränkung (nicht bloß nach Maß seines persönlichen Bedürfnisses, wie der Gebrauchsberechtigte) genießen, und allen Ertrag sich zueignen darf, so kann er auch sein Recht durch Auflegung von Lasten und Servituten einschränken, oder auch die volle Ausübung seines Rechtes einem Dritten abtreten, nicht aber das Recht der Fruchtnießung selbst, so, daß der Dritte Fruchtnießer würde, und sein Recht durch den ganzen von dem Letzteren ihm zugestandenen Zeitraum, oder durch seine ganze Lebenszeit, mithin über das Lebensziel des eigentlichen Fruchtnießers, gegen die Natur eines persönlichen Servituts-Rechts fortsetzen könnte [1]). Dieses Recht steht sohin auch im Allgemeinen dem Ehegatten zu, welchem die Fruchtnießung des Vermögens nach dem Tode des andern Ehegatten zukömmt; doch legt ihm das Gesetz die besondere Beschränkung auf, daß im Falle er sich wieder verehelichet, oder im Falle er die Fruchtnießung einem Andern abtreten wollte, die Kinder des verstorbenen Ehegatten, sie seyen mit dem überlebenden Ehegatten, oder aus einer frühern Ehe erzeugt, das Recht haben, zu verlangen, daß ihnen die Fruchtnießung gegen einen angemessenen jährlichen Betrag überlassen werde. Als Grund dieser gesetzlichen Einschränkung führt Herr Hofrath v. Zeiller an, weil eines Theils vermuthet werde, daß man die Fruchtnießung dem Gatten nur als eine Art von Witthums-Unterhalt verleihen wollte, und anderen Theils, weil in solchen Fällen die fortdauernde Fruchtnießung sehr oft in eine Usurpation des vollständigen Eigenthums übergehet, und viele dunkle Streitigkeiten herbeyführet [2]). Allein gegen den ersteren Grund läßt sich einwenden, daß im Falle die Fruchtnießung eine Art Witthums-Unterhalt seyn sollte, selbe mit der Verehelichung des überlebenden Ehegatten ganz cessiren, und nicht bloß in ei-

1) v. Zeillers Commentar zu §. 511 Nr. 5.
2) v. Zeillers Commentar zu §. 1251 Nr. 2.

nen jährlichen bestimmten Betrag umgewandelt werden müßte, und gegen den zweyten, daß auch in andern Fällen, wie schon v. Scheidlein bemerkt, dem Eigenthümer der Proprietät das Recht zustehen müßte, die Fruchtnießung einzulösen, wenn der Fruchtnießer dieselbe einem Andern abtreten will, was in keinem Gesetze gegründet ist. — Nach meinem Dafürhalten erscheint diese gesetzliche Anordnung durch folgende Betrachtung gerechtfertiget. Der Zweck der bestellten Fruchtnießung ist kein anderer, als dem überlebenden Gatten für seine Lebensdauer einen Beytrag zu seinem Unterhalte zu liefern, und der Grund, warum der Fruchtgenuß, und nicht ein bestimmter jährlicher Beytrag dem überlebenden Ehegatten zugesichert wird, liegt darin, weil man entweder noch nicht weiß, wie die Verlassenschaft ausfallen werde, daher dem überlebenden Ehegatten lieber einen bestimmten Theil der Verlassenschaft zum Fruchtgenusse, als eine bestimmte jährliche Summe auswirft, oder weil man in die Individualität des bedachten Ehegatten das Zutrauen setzt, daß er durch eigene Benutzung der ihm zum Fruchtgenusse überlassenen Verlassenschaftsstücke vielleicht größeren Nutzen daraus ziehen werde, als nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge, und besonders im Wege einer fremden Verwaltung das jährliche Erträgniß hiervon ausfallen würde. — Tritt nun der Fall ein, wo der Fruchtgenuß des ganzen Vermögens, oder eines in Bezug auf das ganze Vermögen bestimmten Theiles von Seite des überlebenden Ehegatten einem Dritten abgetreten werden soll, so ist auch schon der Zeitpunct vorhanden, wo sich auf den Ertrag dieses Fruchtgenusses mit Sicherheit schließen läßt, und sohin zerfällt hier von einer Seite der Grund, warum der Erblasser, statt der Bestimmung eines gewissen Betrages, dem überlebenden Gatten die Fruchtnießung einräumte; im zweyten Falle aber würde der Vortheil der bessern Benutzung nicht dem überlebenden Ehegatten, sondern einem Dritten zukommen, welchem er von dem Erblasser nicht zugedacht ist. — Ueberdieß könnte die Gattinn geneigt werden, den Fruchtgenuß nicht gegen einen jährlichen Unterhalts-Beytrag, sondern gegen eine mit einem Mahle zu entrichtende Ablösungssumme einem Dritten abzutreten, und dadurch in der Folge Mangel

an dem nöthigen Unterhalte leiden, welches mögliche Uebel durch diese gesetzliche Anordnung, wenn nicht unmöglich, doch unwahrscheinlich gemacht wird. Diese Gründe scheinen zwar nur eigentlich für den Fall, wenn der überlebende Ehegatte die Fruchtnießung einem Andern abtreten will, nicht aber auch für den Fall der Wiederverehelichung zu passen; allein ist es die Gattinn, welcher der Fruchtgenuß überlassen ist, so kommt sie durch ihre Verehelichung in die Gewalt des Mannes, derselbe wird ihr gesetzlicher Vertreter, und wenn er als solcher ihr Vermögen mit ihrer stillschweigenden Einwilligung verwaltet, so ist er über die Einkünfte keine Rechnung zu legen schuldig; er kann sich daher den von dem verstorbenen Ehegatten bloß seiner überlebenden Ehegattinn zugedachten Vortheil zueignen, ohne daß er deßwegen angefochten werden könnte, und es ist daher eben so viel, als wenn die Gattinn den Fruchtgenuß ihm ordentlich abgetreten hätte. Der nähmliche Grund tritt zwar nicht in dem Falle ein, wenn die Gattinn ihrem überlebenden Ehegatten den Fruchtgenuß eines bestimmten Verlassenschafts-Gegenstandes überlassen hat; allein auch hier können die Ehegatten in ihren Ehepacten solche Verfügungen treffen, daß obiger Grund wenigstens zum Theile eintritt, z. B. wenn sie eine Gütergemeinschaft schließen. Ueberhaupt werden durch diese Anordnung des Gesetzes Collisionen vermieden, die sich wegen der engen Verbindung, in welcher die Ehegatten mit einander leben, ergeben, und schädlich auf die Substanz der Sache selbst einwirken könnten. Können sich die Kinder des verstorbenen Ehegatten, oder im Falle sie zur eigenen Vermögens-Verwaltung noch nicht fähig sind, ihre gesetzlichen Vertreter rücksichtlich der jährlichen Ablösungssumme nicht vereinigen, so muß derselbe ohne Zweifel von dem Richter nach dem Verhältnisse der Nutzungen des mit der Fruchtnießung belasteten Vermögens bestimmt werden, welches Verhältniß sich entweder aus den vorhergegangenen Rechnungen, oder durch eine von Sachverständigen vorgenommene Schätzung erheben läßt [1]). Sollte der überlebende Theil die ihm zugedachte Fruchtnießung einem Andern

1) Siehe v. Scheidleins Miscellen 3. H., §. 128.

abgetreten haben, ohne den Kindern des verstorbenen Ehegatten die Einlösung angebothen zu haben; so wäre nach meiner Meinung, die hier mit der des Herrn R. R. v. Scheidlein ganz gleichstimmig ist, der Abtretungsvertrag von der Zeit an, als er von den Kindern des verstorbenen Ehegatten bestritten wurde, ungültig, und sie könnten das ihnen zustehende Einlösungsrecht gegen den Dritten ohne weiters geltend machen [1]). Denn dieser Dritte mußte die Vorschrift des Gesetzes, daß den Kindern das Vorzugsrecht gebühre, wissen, er konnte also aus dem Abtretungs-Vertrage nur unter der gesetzlichen Bedingung ein Recht erwerben, wenn die Kinder des verstorbenen Ehegatten diese Fruchtnießung nicht verlangen. Dieses Verlangen ist daher als eine auflösende Bedingung anzusehen.

§. 1258.

Ein Ehegatte, welcher auf die Fruchtnießung der ganzen Verlassenschaft des andern Ehegatten, oder eines Theiles derselben Anspruch macht, hat kein Recht, den ihm in dem Falle der gesetzlichen Erbfolge von dem Gesetze ausgemessenen Antheil zu fordern (§§. 757 — 759).

Zufolge der §§. 757 — 759 gebühret dem überlebenden Ehegatten schon aus dem Gesetze ein Theil der Verlassenschaft, und zwar, wenn Kinder vorhanden sind, bloß der Fruchtgenuß eines bestimmten Theiles, und sind keine Kinder, aber andere Verwandte des Erblassers vorhanden, der vierte Theil der Verlassenschaft als vollständiges Eigenthum. Ueberdieß ordnet aber der §. 758 an, daß dasjenige, was gemäß der Ehepacten, eines Erbvertrages, oder einer letzten Anordnung dem überlebenden Ehegatten aus dem Vermögen des Andern zukömmt, in den Erbtheil eingerechnet werden solle. Im Falle nun Kinder des Erblassers vorhanden sind, wo sohin dem überlebenden Ehegatten nur der Fruchtgenuß eines bestimmten Theiles der Verlassenschaft gebüh-

1) Ebenda.

ret, würde die Anrechnung des demselben auch noch durch eine besondere Anordnung zugedachten Fruchtgenusses gar keinen Schwierigkeiten unterliegen; desto schwieriger würde aber die Anrechnung in dem Falle seyn, wenn der überlebende Ehegatte mit andern Verwandten des verstorbenen Theiles concurrirte. Denn in diesem Falle bliebe nichts übrig, als die Fruchtnießung in einem Capitals-Werthe anzuschlagen, welcher Anschlag immer sehr unzuverläßlich ausfallen müßte, da er von unsicheren Calculationen und Muthmaßungen über die Lebensdauer, körperliche Beschaffenheit, die bevorstehenden Gefahren und dergl. abhängig gemacht werden müßte. Um alle diese Schwierigkeiten zu beseitigen, hat daher, wie Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt [1]), der Gesetzgeber durch die Anordnung dieses §. durchgegriffen. Dadurch, daß in dieser gesetzlichen Anordnung ausdrücklich auch der §. 757 citirt ist, welcher von dem Falle handelt, wenn der überlebende Ehegatte mit Kindern des verstorbenen Theiles concurrirt, gehet deutlich die Absicht des Gesetzgebers hervor, auch für diesen Fall dem überlebenden Ehegatten nur die Wahl zuzugestehen; aus diesem folget, daß die Kinder nicht verpflichtet werden können, der Ehegattinn zugleich einen bestimmten Theil der Verlassenschaft überhaupt, und nebst diesem noch ein bestimmtes Verlassenschaftsstück zum Fruchtgenusse zu überlassen, wenn auch die Gattinn bereit ist, sich die Fruchtnießung des Letzteren einrechnen zu lassen. — Eine weitere Frage entsteht aber hier, was in dem Falle Rechtens sey, wenn die mit dem Fruchtgenusse eines bestimmten Verlassenschafts-Gegenstandes betheilte Ehegattinn bereits ihre Erbserklärung zu dem ihr von dem Gesetze angewiesenen Erbtheile überreicht hat, weil sie der Meinung ist, daß derselbe für sie vortheilhafter ausfallen werde, als der Fruchtgenuß, auf den sie durch letzte Anordnung oder Vertrag eingesetzt ist, sie sich aber in der Folge in ihrer Erwartung getäuscht sieht. — Kann sie in diesem Falle ihr Wahlrecht auch nach der Hand ausüben? — In meiner Darstellung der Rechte der Ehegatten in Beziehung auf ihr Vermögen habe ich mich zwar §. 186 für die bejahende Beantwortung obiger Frage erklärt. Allein gegenwärtig bin ich der

1) Commentar zu §. 1253 Nr. 2.

Ueberzeugung, daß obige Frage verneinend beantwortet werden müsse. Denn es ist gewiß, daß der Ehegatte, wenn er den ihm ausdrücklich in den Ehepacten oder in der letzten Anordnung eingeräumten Fruchtgenuß in Anspruch nehmen will, auf denjenigen Antheil, der ihm als gesetzlichen Erben zufällt, Verzicht leisten müsse; nun kann aber nach §. 806 der Erbe seine gerichtliche Erbserklärung nicht mehr widerrufen.

§. 1259.

Einkindschaft.

Die Einkindschaft, das ist, ein Vertrag, wodurch Kinder aus verschiedenen Ehen in der Erbfolge einander gleich gehalten werden sollen, hat keine rechtliche Wirkung.

Unter Einkindschaft wird derjenige Vertrag verstanden, wodurch Kinder aus verschiedenen Ehen in der Erbfolge einander gleich gehalten werden sollen. Schon das Josephinische Gesetz erklärt [1]: „Das in einigen Orten üblich gewesene Einkindschaften wird für das Künftige gänzlich abgestellt, und soll daraus weder eine Gleichheit in der Erbfolge, noch was immer für eine Rechtswirkung entstehen.“ Man glaubte jedoch diesen §. nicht so verstehen zu müssen, als ob es den Aeltern verbothen wäre, einen Vertrag zu schließen, daß die Kinder aus beyden Ehen gleiche Erben seyn sollten, sondern glaubte, daß die Aeltern zu so einem Vertrage allerdings berechtiget seyen, und diese gesetzliche Anordnung nur dahin verstanden werden könne, daß dem Vertrage, zu Folge welchem die Kinder beyder Ehen gleiche Rechte haben sollen, nicht auch zugleich die Wirkung beygelegt werden könne, daß sie deßwegen auch gleiche Erben seyn sollen [2]. Allein das neue allgemeine bürgerliche Gesetzbuch beschränkt hier den Begriff der Einkindschaft schon selbst auf die Gleichheit der Rechte der Kinder verschiedener Ehen in Bezug auf die Erbfolge. Der

1) IV. Hauptstück §. 33.

2) Siehe Erklärung der österreichischen Provinzialrechte nach den Vorlesungen des Herrn Georg v. Scheidlein. Wien 1805., 1. Thl. S. 202.

Grund dieser gesetzlichen Anordnung ist, wie Herr Hofrath v. Zeiller in seinem Commentare anführt, weil eine solche Einkindschaft viele Mißbräuche, Zudringlichkeiten für Erwirkung eines unbilligen Einverständnisses, lästige Vermögenserforschungen und Kränkungen der Rechte der Notherben hervorbringt, und den Ehegatten im andern Wege unbenommen bleibt, mittelst wechselseitiger Testamente oder Erbverträge eine billige Vertheilung ihres Vermögens vorzunehmen.

§. 1260.

Absonderung des Vermögens in dem Falle: 1) eines Concurses.

Wenn über das Vermögen des Mannes bey seinen Lebzeiten ein Concurs eröffnet wird; so kann die Ehegattinn zwar noch nicht die Zurückstellung des Heirathsgutes, und die Herausgabe der Widerlage, sondern nur die Sicherstellung für den Fall der Auflösung der Ehe gegen die Gläubiger verlangen. Sie ist überdieß berechtigt, von Zeit der Concurs-Eröffnung den Genuß des wittiblichen Unterhaltes, und wenn keiner bedungen ist, den Genuß des Heirathsgutes anzusprechen. Dieser Anspruch auf den einen, oder den anderen Genuß hat aber nicht Statt, wenn bewiesen wird, daß die Ehegattinn an dem Verfalle der Vermögensumstände des Mannes Ursache sey.

1) Die Wirksamkeit der Ehepacte äußert sich meistens erst bey dem Ableben des einen oder des andern Ehegatten, wenn das Vermögen des überlebenden, von der Verlassenschaftsmasse des verstorbenen Theiles zu scheiden ist. Hierüber wurde bereits an den zukömmlichen Orten gehandelt. — Allein es gibt auch Fälle, in welchen eine Absonderung des Vermögens schon bey Lebzeiten beyder Ehegatten eintritt. Diese Fälle ergeben sich a) bey einem über das Vermögen eines oder des andern Ehegatten ausbrechenden Concurse, b) bey einer Scheidung von Tisch und Bett, c) bey

einer Nichtigerklärung und d) bey einer Trennung der Ehe. Die Vorschriften, welche über die in diesen Fällen vorzunehmende Absonderung des Vermögens in dem Gesetzbuche aufgestellt sind, sollen nun näher entwickelt werden.

2) Im Falle eines ausbrechenden Concurses ist zu unterscheiden, ob der Concurs über das Vermögen des Mannes oder über das der Frau eröffnet wird. Im ersten Falle entsteht die Frage, was hinsichtlich des dem Manne zugebrachten Heirathsgutes, der von ihm versprochenen Widerlage, der Morgengabe, der Gütergemeinschaft, des Witwengehaltes und der Fruchtnießung Rechtens sey? Wir wollen hier zuvörderst untersuchen, was mit dem von der Gattinn ihrem Manne zugebrachten Heirathsgute zu geschehen habe. Man muß auch hier unterscheiden, ob der Gegenstand des Heirathsgutes ihrem Manne als Eigenthum, oder zur bloßen Fruchtnießung überlassen worden, und ob es versichert oder unversichert sey. — Ist das Heirathsgut dem Manne bloß zur Fruchtnießung übergeben worden, und sohin die Gattinn Eigenthümerinn desselben geblieben, so kann die Frau dasselbe, in so fern es noch in Natur in der Concursmasse vorhanden ist, gegen die Concursmasse mit der Eigenthumsklage ansprechen, und verlangen, daß es ihr als Eigenthum verwahret, und vor allen Gläubigern in dem Classifications-Urtheile angesetzt werde. Ist der Frau kein wittiblicher Unterhalt bedungen, so kann sie auch die Zurückstellung des Heirathsgutes noch vor Auflösung der Ehe verlangen. Diese Behauptung scheint zwar dem ausdrücklichen Inhalte dieses §. entgegen zu laufen, da es daselbst heißt, daß die Gattinn nicht die Zurückstellung des Heirathsgutes, sondern nur die Sicherstellung für den Fall der Auflösung der Ehe gegen die Gläubiger verlangen könne. Allein eben dieser §. sagt, daß die Ehegattinn berechtiget sey, von Zeit der Concurs-Eröffnung an, den Genuß des Heirathsgutes in dem Falle anzusprechen, als kein wittiblicher Unterhalt bedungen ist. Soll sie aber ihr Heirathsgut genießen, so muß es ihr übergeben, folglich zurückgestellt werden; und was hätten wohl die Gläubiger für ein Interesse, ihr dasselbe vorzuenthalten, da ihnen weder gegenwärtig noch künftig ein Genuß, und noch weniger das Eigenthum zusteht? Eine Ausnahme von dieser Behauptung begründet der Um-

stand, wenn bewiesen wird, daß die Ehegattinn an dem Verfalle der Vermögens-Umstände des Mannes Ursache sey; denn in diesem Falle hat sie, so lange ihr Mann lebt, auf den Genuß des Heirathsgutes keinen Anspruch zu machen. Ist das dem Manne zur bloßen Fruchtnießung übergebene Heirathsgut in Natur nicht mehr vorhanden, so bleibt der Ehegattinn nichts übrig, als den Capitalswerth davon, und zwar, je nachdem es mit Pfand versichert ist oder nicht, als Pfand- oder Gemeingläubigerinn anzusprechen. — Bey Beurtheilung, ob das Heirathsgut noch in der Masse vorhanden ist oder nicht, kömmt indessen alles auf den Zeitpunct des eröffneten Concurses an (G. O. §. 14 Lit. a); ist das Heirathsgut erst während des Concurses veräußert worden, so kömmt es darauf an, ob diejenigen, welche das Concursmasse-Vermögen zu verwalten hatten, Wissenschaft hatten, daß dasselbe ein Eigenthum der Frau sey, oder nicht. Im ersteren Falle fällt die Unredlichkeit der im Nahmen der Gläubiger handelnden Machthaber allen Gläubigern zur Last (337), und es ist daher die Concursmasse verbunden, nicht nur alle jene Vortheile, welche sie aus der Veräußerung des Heirathsgutes erlangt hat, zurückzustellen, sondern auch diejenigen, welche die Gattinn erlangt haben würde (§. 335). Hätte der Concursmasse-Verwalter gar nach bereits erhobener Klage den Gegenstand des Heirathsgutes hinweggeben, so hätte die Gattinn, wenn sie sich nicht an den wirklichen Inhaber halten will, das Recht, von dem Concursmasse-Verwalter zu verlangen, daß er ihn auf seine und resp. der Concursmasse Kosten wieder zurückverschaffe, oder den außerordentlichen Werth desselben ersetze (§. 378), und es müßten meines Erachtens alle diese Ansprüche in dem Classifications-Urtheile vor allen Gläubigern gesetzt werden, weil dadurch die Concursmasse eigentlich ihre Schuldnerinn geworden ist, und in die übrigen sechs Classen nur die Gläubiger des Cridatars einbezogen werden. — Ist aber der der Ehegattinn eigentlich gebührende Gegenstand des Heirathsgutes redlicher Weise aus der Concursmasse veräußert worden, d. i. haben die Verwalter des Concursmasse-Vermögens keine Kenntniß hiervon gehabt, daß der veräußerte Gegenstand ein Eigenthum der Frau des Cridatars sey, und haben sie dieses auch aus

den Umständen nicht vermuthen können; so hat die Concursmasse der Gattinn nur so viel zu vergüten, als sie sich dadurch zum Schaden der Gattinn bereichert hätte. — Ist das Heirathsgut während des Concurses durch Zufall zu Grunde gegangen, so muß sie als Eigenthümerinn den Schaden des Zufalls tragen, wenn nicht die unredlicher Weise verzögerte Erfolglassung jenen Zufall begünstigt hätte, und die Sache in den Händen der Frau nicht zu Grunde gegangen wäre (§. 338).

3) Es entsteht hier ferners die Frage, wie es mit den Früchten des dem Manne zum bloßen Fruchtgenusse übergebenen Heirathsgutes bey einer Concurs-Eröffnung in dem Falle zu halten sey, wenn die Gattinn nach Vorschrift des §. den Genuß des Heirathsgutes anzusprechen berechtiget ist? Da mit der Eröffnung des Concurses die Fruchtnießung von Seite des Mannes aufhört, und von diesem Zeitpuncte an für die Ehegattinn beginnt; so ergibt sich aus der Vorschrift des §. 519, daß die noch stehenden Früchte der Frau gehören, wogegen sie die auf deren Erzielung verwendeten Kosten in die Concursmasse vergüten müsse. Die übrigen Nutzungen müßten aber zwischen der Frau und der Concursmasse nach Maß der Dauer der Fruchtnießung getheilet werden.

4) Ist das Heirathsgut dem Manne eigenthümlich überlassen worden, so kömmt es gleichfalls darauf an, ob dasselbe mit einem Pfande versichert sey oder nicht. Im ersten Falle kommt sie mit ihrer Heirathsforderung rücksichtlich dieses Pfandes in die zweyte Classe; ist sie aber mit einem Pfandrechte nicht versehen, in die dritte Classe, als mit einem Vorrechte begabte Gemeingläubigerinn. Dieses gilt auch für den Fall, wenn das dem Manne bloß zum Fruchtgenusse eingeräumte Heirathsgut zur Zeit des eröffneten Concurses in der Masse nicht mehr vorhanden ist. Jedoch kann sie in diesem Falle auf die Zurückstellung des Heirathsgutes vor Ableben ihres Ehegatten auf keinen Fall einen Anspruch machen, sondern nur die Sicherstellung für den Fall der Auflösung der Ehe gegen die Gläubiger verlangen. Es versteht sich übrigens von selbst, daß die Ehegattinn diese Sicherstellung gegen die Gläubiger nur in so ferne anzusprechen berechtiget sey, als sie in Folge des Classifications-Urtheils und der auf dem Grunde desselben verfaßten Masse-

Repartition zur Zahlung gelangen würde. Die Gläubiger wären daher nur verbunden, denjenigen Betrag, welcher nach der Masse-Repartition der Gattinn als Heirathsgut zukömmt, gehörig zu versichern, und der Gattinn, so lange ihr Mann noch am Leben ist, die 5procentigen Interessen, vom Tage der Eröffnung des Concurses an gerechnet, hinaus zu bezahlen [1]). Da aber die Gläubiger auf diese Art und Weise aus der Vorenthaltung des Capitals selten einen Nutzen schöpfen werden, so wird wohl der Gattinn meistens das Heirathsguts-Capital selbst erfolgt werden.

5) Es entsteht hier die Frage, was in dem Falle Rechtens sey, wenn bey Schließung der Ehepacte rechtsgültig bedungen wurde, daß nach Absterben der Ehegattinn das Heirathsgut dem Manne anheim fallen solle? Da sie selbst in dem Falle die Zurückstellung des Heirathsgutes nicht verlangen kann, wenn es gewiß ist, daß nach dem Tode des Mannes dasselbe ihr oder ihren Erben wieder anheim falle; so kann sie um so weniger im obigen Falle die Zurückstellung des Heirathsgutes verlangen, da hier der Fall ihres Ueberlebens als eine aufschiebende Bedingung eintritt. — Eine andere Frage ist, wie es in einem solchen Falle mit dem Genusse des Heirathsgutes zu halten sey? Aber auch hier gilt die Vorschrift dieses §., daß die Gattinn, im Falle ihr kein Witwengehalt ausgeworfen ist, und auch nicht erwiesen werden kann, daß sie an dem Verfalle der Vermögens-Umstände ihres Mannes Ursache sey, den Genuß des Heirathsgutes gegen die Gläubiger in Anspruch zu nehmen habe. Stirbt sie nun vor ihrem Manne, so fällt das Heirathsgut den Concurs-Gläubigern zu; stirbt dagegen der Mann früher, so ist ihr dasselbe, in so fern sie nach der Classification zur Zahlung gelangt, hinaus zu bezahlen. Da es in einem solchen Falle ungewiß ist, ob die Concursmasse oder die Ehegattinn das Heirathsgut erhalten werde, so können die Gläubiger nicht verhalten werden, derselben auch jene Gegenstände des Heirathsgutes, die sie dem Manne bloß zum Fruchtgenusse überlassen hat, vor dessen Absterben zuzustel-

1) Siehe Professor Wagners Quellen-Verhältniß Seite 157, dann Dr. Richters Abhandlung über das Vorzugsrecht der Gattinn im Concurse der Gläubiger ihres Mannes. S. 46 — 49.

len, welches oben in dem Falle behauptet wurde, als das Heirathsgut nicht auf Ueberleben bedungen worden ist, sondern sie können verlangen, daß es sequestrirt werde.

6) Die bestellte Widerlage ist, in so weit sie den Betrag des wirklich abgeführten Heirathsgutes nicht übersteigt, und falls sie durch kein Pfand gedeckt ist, gleichfalls wie das Heirathsgut in die dritte Classe der Concurs-Gläubiger zu versetzen (§. 19 der C. O.). Damit aber die Ehegattinn hinsichtlich der Widerlage die dritte Classe ansprechen könne, wird nach dem Inhalte der C. O. erfordert: a) daß sie das dem Manne zugezählte Heirathsgut rechtsgenüglich erweise, und b) daß die Widerlage den Betrag des zugezählten Heirathsgutes nicht übersteige. — Der Ausdruck „verschriebene Widerlage", dessen sich der §. 19 der C. O. lit. e bedienet, hat mich in meiner Darstellung der Rechte der Ehegatten in Beziehung auf ihr Vermögen zu der Behauptung verleitet, daß nur der schriftlichen Zusicherung einer Widerlage das Vorzugsrecht der dritten Classe gebühre. — Allein gegenwärtig glaube ich, daß die von einem anderen Schriftsteller [1]) ausgesprochene Meinung, daß der Gesetzgeber durch das Beywort „verschriebene" Widerlage bloß die gewöhnliche Art der Bestellung dieser Gabe durch Heirathsbriefe im Sinne gehabt habe, ohne der mündlich bestellten Widerlage das Privilegium der dritten Concursclasse versagen zu wollen, die richtigere seyn dürfte. — Dieser nähmliche Schriftsteller sagt aber auch: Der Beweis über die wirkliche Bestellung einer Widerlage wird von der Gattinn in ihrer Anmeldungsklage auf dieselbe Art, wie bey der Forderung des Heirathsgutes (§. 1226) geführt werden müssen. Auch hier wird das vor der Eröffnung des Concurses abgegebene Geständniß des Mannes gegen Jedermann, also auch gegen die Concurs-Gläubiger, vollständig beweisen; die nach Ausbruch des Concurses geschehene mündliche oder schriftliche Bestätigung einer bestellten Widerlage aber die Gattinn nicht von einer anderweitigen Beweisführung über den Umstand, daß ihr eine bestimmte Widerlage zugesichert worden sey, befreyen. —

1) Siehe die obenerwähnte Abhandlung des Herrn Dr. Richter S. 35, dann meine Erläuterung des §. 998 Nr. 3.

Allein ich glaube, daß zwischen dem §. 1226 und dem Falle der Frage keine Analogie vorhanden sey, da der erstere nicht von dem Beweise der wirklichen Bestellung des Heirathsgutes, sondern von der Zuzählung desselben handelt; von Zuzählung der Widerlage kann aber hier, wo das Leben des Mannes vorausgesetzt wird, keine Rede seyn. Die wirkliche Bestellung des Heirathsgutes aber wird lediglich durch das Pactum selbst, durch welches das Heirathsgut festgesetzt wurde, und ebenso auch die der Widerlage bestätiget. — Dabey versteht es sich von selbst, daß, wenn das Pactum noch vor Eröffnung des Concurses eingegangen wurde, wo dem Ehegatten noch das Dispositionsrecht über sein Vermögen zustand, dasselbe auch von Wirkung seyn müsse; daß dagegen die erst nach der Eröffnung des Concurses gemachte Bestellung aus Mangel des Dispositionsrechtes des Ehegatten über sein Vermögen als wirkungslos zerfalle. — Dagegen bin ich auch in Ansehung der Frage: in welche Classe die Widerlage zu setzen sey, zu der in der Praxis angenommenen Meinung zurückgekehrt, daß sich hier an den Buchstaben der Concurs-Ordnung zu halten sey [1]). Denn wenn auch gleich das neuere Gesetz einen solchen Begriff der Widerlage festgesetzt hat, daß der Grund der Anordnung, zufolge welcher der Widerlage die dritte Classe in so weit zuerkannt wird, als sie den Betrag des zugezählten Heirathsgutes nicht übersteigt, gegenwärtig nicht mehr als geltend angesehen werden kann; so kann dessenungeachtet das Gesetz selbst noch nicht als außer Wirksamkeit gesetzt angesehen werden. Der §. 82 des dritten Hauptstückes des Josephinischen Gesetzbuches redet von dem Falle, als der Bräutigam oder ein Dritter zur Vermehrung des Heirathsgutes bereits wirklich etwas gegeben, und nicht bloß zugesichert hat, und es kann daher auch das Vorzugsrecht der Widerlage, im Sinne des gegenwärtigen Gesetzbuches, nicht aus dieser Gesetzesstelle hergeleitet werden.

7) Da übrigens der Frau nur dann ein Recht auf die Widerlage zusteht, wenn der Mann stirbt, so folgt auch ganz na-

1) Vergleiche meine Darstellung der Rechte der Ehegatten in Bezug auf ihr Vermögen §. 190.

türlich, daß sie bey einem über das Vermögen desselben eröffneten Concurse nicht gleich von den Gläubigern die Herausgabe der Widerlage in Anspruch nehmen könne, sondern den Tod ihres Gatten abwarten müsse. Jedoch hat sie das Recht, von den Gläubigern zu verlangen, daß ihr dasselbe inzwischen sichergestellt werde. Diese Sicherstellung kann sich aber der Natur der Sache nach, gleich wie bey dem Heirathsgute, nur auf jenen Betrag erstrecken, welcher der Ehegattinn in Folge der Classification und der sich hierauf gründenden Masse-Repartition für den Fall der Auflösung der Ehe zukommen würde.

Auf den Genuß der Widerlage hat die Gattinn in keinem Falle einen Anspruch; denn obschon die Widerlage zur Vermehrung des Heirathsgutes gegeben wird, so folgt doch daraus noch nicht mit Nothwendigkeit, daß sie in allen Fällen die Natur des letzteren annehmen müsse; ja, es äußert sich vielmehr ein bedeutender Unterschied zwischen beyden darin, daß das Heirathsgut immer dem Manne bar zugezählt, die Widerlage aber bloß zugesichert wird, und diese Zusicherung überhaupt nur nach Auflösung der Ehe eine Wirkung nach sich ziehet. — Darum hat auch der Gesetzgeber die der Gattinn hinsichtlich des Heirathsgutes ertheilte Begünstigung nicht auch auf die Widerlage ausgedehnt.

8) Die Morgengabe wurde von dem Gesetze §. 1232 ausdrücklich als ein Geschenk erklärt; es kömmt ihr also, wenn die Ehegattinn diese zwar versprochene, aber noch nicht eingehändigte Gabe gegen die Concursmasse ihres Ehegatten in Anspruch nimmt, als einem bloßen Geschenke die sechste Classe zu. Sind bereits drey Jahre in der Ehe verstrichen, bis der Concurs über das Vermögen des Mannes ausbricht, so ist nicht allein genug, daß die Gattinn die ihr gemachte Zusicherung der Morgengabe außer Zweifel stelle, sie muß auch noch überdieß erweisen, daß während diesen drey Jahren die Uebergabe der Morgengabe nicht geschehen sey.

9) Ist ein wittiblicher Unterhalt bedungen worden, so ist die Gattinn berechtiget, von der Zeit der Concurs-Eröffnung den Genuß desselben anzusprechen. Sie hat in diesem Falle, so wie bey dem Heirathsgute, ihre Forderung auf die verzeichnete Weise gehörig zu liquidiren, und es kann sich hier nur darum fragen,

in welche Classe dieser Witwengehalt zu setzen sey? — v. Scheidlein [1]) ist der Meinung, daß die Gattinn mit der Forderung des wittiblichen Unterhaltes in gar keine Classe zu setzen, sondern ihr derselbe aus dem Concurs-Vermögen ohne alle Rücksicht auf die Classification abzureichen sey. — Die Gründe, womit er seine Meinung unterstützet, bestehen im Folgenden: „Der Titel der Forderung des wittiblichen Unterhaltes sey zwar ein bloß lucrativer Titel, und aus diesem Grunde sollte die Gattinn mit derselben, so wie mit der Forderung der Morgengabe, in die sechste Classe versetzt werden. Allein da der §. der Gattinn das Recht, den wittiblichen Unterhalt an die Concursmasse ihres Mannes anzusprechen, zuerkannt hat, und dieses Recht fast immer vereitelt würde, wenn sie mit demselben, wie mit andern aus einer Schenkung entsprungenen Rechten, in die sechste Classe versetzt würde, so könne sie nun einmahl in die sechste Classe nicht versetzt werden; und da ihr in Ansehung des wittiblichen Unterhaltes durch die Concurs-Ordnung keine Classe angewiesen werde, so könne sie auch in gar keine Classe versetzt werden." — Allein weder die erstere, noch weniger aber die letztere Schlußfolge befriedigt; denn aus der Zuerkennung eines Rechtes folgt nicht, daß dasselbe auch in allen oder auch nur in den meisten Fällen realisirt werden müsse. Zudem bedient sich der Gesetzgeber des Ausdrucks, daß der Ehegattinn das Recht zustehe, den Genuß des wittiblichen Unterhaltes *anzusprechen*; dieses Recht kann sie aber in jedem Falle realisiren. Hätte der Gesetzgeber z. B. ausdrücklich in Betreff der Morgengabe in Concurs-Fällen des Mannes entscheiden wollen, so hätte er sich gleichfalls nicht anders ausdrücken können, als daß der Gattinn bey einem über das Vermögen ihres Mannes ausbrechenden Concurse das Recht zustehe, diese Gabe anzusprechen, und doch würde deßwegen Niemand zweifeln, daß dieselbe gleich den anderen Geschenken in die sechste Classe zu versetzen komme. Man könnte zwar dagegen sagen, dieß sey eben der Grund, warum der Gesetzgeber des Witwengehaltes ausdrücklich erwähnt, und von der Morgengabe geschwiegen hat, weil er in Hinsicht der Letzteren keine von der Concurs-Ordnung abweichende Ver-

1) Miscellen 3. H. §. 139.

fügung treffen wollte, wohl aber in Betreff des Ersteren. Allein diese Behauptung wäre offenbar irrig. Denn hätte der Gesetzgeber vom wittiblichen Unterhalte keine Erwähnung gemacht, so könnte man wohl leicht versucht werden zu glauben, daß derselbe nur vom Todestage des Mannes an gefordert werden könne, wie dieses auch der §. 1242 ausdrücklich vorschreibt. Nun hat aber der Gesetzgeber entschieden, daß das Recht, den Witwengehalt zu fordern, gleich vom Tage des eröffneten Concurses an erwachse, sohin diese Forderung von diesem Zeitpuncte zu liquidiren sey, ohne sich in eine Entscheidung eines Vorzugsrechtes einzulassen. — Durch das Gesagte wollte ich aber bloß vorläufig gegen diese Behauptung Scheidleins einigen Zweifel erregen; der Beweis des Irrthums soll erst hier folgen. Es sagt nähmlich das Hofdecret vom 7. Dec. 1789, daß bey einem über das Vermögen des Mannes eröffneten Concurse dem Weibe des Verschuldeten das Recht eingeräumt sey, vom Tage des eröffneten Concurses alles dasjenige zum Unterhalte zu fordern, was dasselbe sich für den Fall der Verwitwung in den Ehepacten zum wittiblichen Unterhalte bedungen hat. Es sagt also mit einigen andern Worten ganz das Nähmliche, was das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch hinsichtlich des wittiblichen Unterhaltes ausgesprochen hat. Es ist also dieses Hofdecret, wenn nicht ganz wörtlich, doch gewiß seinem Sinne nach, in den gegenwärtigen §. aufgenommen worden. Nun höre man den Schluß desselben: „Uebrigens, heißt es daselbst, ist sich wegen der Classe, welche wegen dieser Forderung zusteht, lediglich nach dem §. 23 der C. O. zu achten." Folglich ist klar ausgesprochen, daß der Witwengehalt in die sechste Classe zu classificiren, keineswegs also vor allen Gläubigern zu setzen sey [1]). Und zu welchem Zwecke hätte wohl der Gesetzgeber §. 1245 den Vormündern und Curatoren einer pflegebefohlenen Braut die Sicherstellung des bedungenen Witwengehaltes zur Pflicht gemacht, wenn derselbe ohnehin vor allen Gläubigern den Vorzug hätte?

10) Das, was hier von dem Genusse des wittiblichen Unterhaltes und des Heirathsgutes gesagt worden ist, versteht sich nur für den Fall, als nicht erwiesen ist, daß die Frau an dem Ver-

1) Siehe auch die westgallizische Gerichtsordnung.

falle der Vermögens-Umstände ihres Mannes selbst schuld sey. Wenn daher die Gläubiger zu beweisen vermögen, daß die Frau durch ihre eigene verschwenderische oder leichtsinnige Lebensart zum Verfalle beygetragen habe; so können sie mit Recht verlangen, daß ihre Rechte durch den der Frau bewilligten Genuß des Heirathsgutes nicht noch mehr geschmälert werden. Daß übrigens die Gattinn in allen Fällen, wo sie auf die Uebergabe oder den Genuß des Heirathsgutes Anspruch macht, die Uebergabe desselben erweisen müsse, fällt in die Augen.

11) Hat die Gattinn ihrem Manne die Fruchtnießung bloß im Allgemeinen, unbestimmt übertragen, so kann sie dieselbe nach Belieben widerrufen; es ist daher kein Zweifel, daß sie, im Falle über das Vermögen ihres Mannes ein Concurs ausbricht, dieselbe wieder an sich ziehen könne. Schwieriger scheint die Beantwortung der Frage, was in dem Falle Rechtens sey, wenn die Gattinn ihrem Manne die Fruchtnießung ihres Vermögens für seine ganze Lebenszeit, oder überhaupt für eine bestimmte Dauer übertragen hat? — Indessen zweifle ich nicht, daß auch in einem solchen Falle die Gattinn berechtiget sey, den Fruchtgenuß an sich zu ziehen; denn der §. 1241 enthält ausdrücklich, daß in dringenden Fällen, oder bey Gefahr eines Nachtheiles dem Ehemanne die Verwaltung des Vermögens, selbst wenn sie ihm ausdrücklich und auf immer verwilliget worden wäre, abgenommen werden könne. Das Gesetz redet zwar hier lediglich von der Verwaltung, nicht auch von der Nutznießung, und es könnte daher scheinen, daß die Vorschrift des §. 1241 auf jene Fälle nicht anwendbar sey, wenn mit der Verwaltung auch zugleich die Fruchtnießung übertragen wurde. Allein schon die Rand-Rubrik des §. 1237 scheinet darauf hinzudeuten, daß das, was in den §§. 1237 — 1241 von der Verwaltung gesagt wird, auch auf die Nutznießung anzuwenden sey. Da übrigens eine dem Ehegatten für die ganze Lebensdauer übertragene Verwaltung des weiblichen Vermögens den Mann wenigstens pro foro externo berechtigt, sich auch die Nutzungen dieses Vermögens allein zuzueignen, so steht er beynahe in dem nähmlichen Verhältnisse, wie ein Fruchtnießer, und es scheint daher auch aus diesem Grunde, daß die Vorschrift des

§. 1241 auch für den Fall zu gelten habe, wenn dem Manne ausdrücklich die Fruchtnießung überlassen worden ist. Wenn auch die Ehegattinn ihrem Ehemanne die Fruchtnießung ihres Vermögens überlassen hat, so ist doch zu vermuthen, daß sie auf die Verpflichtungen des Mannes, ihr und den Kindern den standesmäßigen Unterhalt zu verschaffen, Rücksicht genommen habe, und daß daher nach ihrer Absicht das Recht der Fruchtnießung von Seite des Mannes ein höchst persönliches Recht sey, das im Falle eines Concurses wieder auf selbe zurückfallen soll.

§. 1261.

Verfällt die Gattinn mit ihrem Vermögen in den Concurs; so bleiben die Ehepacte unverändert.

1) Die Gläubiger einer in Concurs verfallenen Ehegattinn können in Hinsicht auf die Ehepacte keine größeren Rechte ansprechen, als ihr selbst aus denselben zustehen. Sie sind daher eben so wenig, wie die Gattinn selbst, befugt, das von ihr dem Manne zugebrachte Heirathsgut während ihrer Lebenszeit zurückzufordern; auch können sie, wenn die Gattinn keine Sicherstellung bedungen hat, und ohne daß sich eine Gefahr des Verlustes äußert, auf eine solche Sicherstellung für den Fall der Auflösung der Ehe nicht dringen, noch weniger können sie die Widerlage, oder die der Frau auf den Fall des Ueberlebens von dem Manne zugesicherte Fruchtnießung bey dessen Lebenszeit in Anspruch nehmen; jedoch bleibt ihnen vorbehalten, das Heirathsgut nach Auflösung der Ehe zu verlangen. Hatte der Mann seiner Frau eine Morgengabe zugesichert, und sie noch nicht übergeben, so können die Concurs-Gläubiger selbe in Anspruch nehmen; ihnen liegt aber in dem Falle, als die Ehe schon mehr als drey Jahre bestanden hätte, der Beweis ob, daß diese Morgengabe der Ehegattinn noch nicht eingehändigt wurde. Eben so können die Gläubiger den bedungenen Witwengehalt der Frau, die Widerlage, und die auf Ueberleben bedungene Fruchtnießung nach dem Tode des Mannes in Anspruch nehmen. Denn die Gattinn hatte bereits zur Zeit der Concurs-Eröffnung das bedingte Recht erworben, für den Fall, als ihr Mann vor ihr mit Tode abgehen sollte, die

Widerlage, den Witwengehalt, oder die auf Ueberleben bedungene Fruchtnießung aus dessen Verlassenschaftsmasse zu fordern; solche bedingte Rechte gehen aber ohne Zweifel auch auf die Concursmasse des Cridatars über (§. 900).

2) Die Ehepacte aber bleiben nicht nur allein hinsichtlich der Ehegattinn unverändert; sie bleiben es auch hinsichtlich des Gatten. Er kann daher alle Forderungen, die ihm aus den Ehepacten zustehen, wider die Cridamasse seiner Gattinn geltend machen, die er gegen seine Gattinn hätte geltend machen können, und die auf ihr Vermögen Bezug haben; jedoch muß er sie, wie es sich selbst versteht, gleich einem andern Gläubiger anmelden und liquidiren. Eben dieses ist auch Rechtens in Ansehung derjenigen aus den Ehepacten entspringenden Forderungen, die von ihm nicht sogleich, sondern erst auf den Fall des Ueberlebens geltend gemacht werden können; z. B. wenn in den Ehepacten die Fruchtnießung einer bestimmten Sache für den Fall des Ueberlebens bedungen wäre. Denn obgleich der Concursmasse dieses Recht gegen den Gatten abgesprochen wurde, weil es an dieselbe nicht übergehen konnte; so kann dieses nicht auch gegen den Gatten behauptet werden, da ihm dieses Recht unmittelbar von der Gattinn zugesichert wurde, und er dasselbe sohin nicht aus der Uebertragung eines Dritten herleitet, dem dieses Recht eigentlich zugestanden wurde. Die Anmeldung des in den Ehepacten bedungenen Erbrechts gegen die Concursmasse aber wäre ein juridisches Unding; denn wo eine Concursmasse existirt, kann wohl von keiner Erbschaft die Rede seyn. Es wäre zwar allerdings möglich, daß die Gattinn in der Folge wieder zu einem Vermögen gelangte; allein das in der Folge erworbene Vermögen macht keinen Gegenstand der Concursmasse aus. Es wäre zwar sogar möglich, daß die Concursmasse selbst durch Zufall einen solchen Zuwachs erhielte (wenn z. B. Lotterie-Loose in der Masse vorhanden wären), daß nach Befriedigung sämmtlicher Gläubiger noch etwas erübrigte; allein in diesem Falle würde der Concurs aufgehoben werden müssen, und das Erbrecht müßte Platz greifen, ohne daß dasselbe gegen die Concursmasse angemeldet worden wäre.

§. 1262.

Ist zwischen den Ehegatten eine Gemeinschaft der Güter bedungen; so hört dieselbe durch den Concurs des einen oder des anderen Ehegatten auf, und das zwischen ihnen gemeinschaftliche Vermögen wird, wie bey dem Tode, getheilt.

Die Regel, daß bey einem über das Vermögen der Gattinn ausgebrochenen Concurse die Ehepacte unverändert bleiben, leidet eine Ausnahme in dem Falle einer in denselben zwischen den Ehegatten errichteten Gütergemeinschaft. Da bey einer allgemeinen Gütergemeinschaft alle Schulden ohne Ausnahme vor der Theilung abgezogen werden müssen; so folgt daraus, daß in einem solchen Falle immer der Concurs über das Vermögen beyder Ehegatten eröffnet werden müsse. Dieses ist aber keineswegs auch bey einer speciellen Gütergemeinschaft der Fall; weil der eine Ehegatte nur dann für die von dem andern Theile contrahirten Schulden zu haften hat, wenn sie zum Besten des gemeinschaftlichen Gutes gemacht worden sind.

§. 1263.

2) Einer freywilligen Scheidung.

Wenn Ehegatten übereinkommen, geschieden zu leben, so hängt es auch von ihrem Einverständnisse ab, welches immer zugleich zu treffen ist, (§§. 103 — 105) ob sie ihre Ehepacte fortdauern lassen, oder auf welche Art sie dieselben abändern wollen.

Bey einer freywilligen Scheidung von Tisch und Bett geschieht es nicht selten, daß sich die Ehegatten in der Folge wieder vereinigen. Es schien daher in diesem Falle dem Gesetzgeber die Aufhebung der Ehepacte ordentlicher Weise bedenklich, und er stellte es daher ganz der Willkühr der sich scheidenden Ehegatten anheim, ob sie ihre Ehepacte fortdauern lassen, oder dieselben, und auf welche Art abändern wollen. Nach Vorschrift

des §. 105 kann eine freywillige Scheidung von Tisch und Bett von Seite des Gerichtes ohnehin nur dann zugestanden werden, wenn die Ehegatten erklären, daß sie über die Bedingungen einig sind; es ist jedoch keineswegs nothwendig, daß das Gericht die Art und Weise, wie sie übereingekommen, kennen müsse. Nur in dem Falle, als Kinder vorhanden wären, wäre das Gericht verpflichtet, wegen deren Unterhalt von Amtswegen zu sorgen (§. 105). Entstände in der Folge in Ansehung der bey der Scheidung verabredeten Bedingungen ein Streit zwischen den Ehegatten, so müßten die Ehepacte zur Grundlage genommen, und demjenigen Ehegatten, welcher behauptet, daß eine von diesen abweichende Bestimmung festgesetzt worden sey, der Beweis seiner Behauptung aufgebürdet werden. Vergleichen sich die Eheleute bey der freywilligen Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft auch auf die Aufhebung der zwischen ihnen bestehenden Gütergemeinschaft; so kömmt es, wie v. Scheidlein am a. O. §. 144 ganz richtig lehret, darauf an, ob sie nach dem Willen derselben nur vom Tage der Scheidung aufgehoben seyn, oder ob die Aufhebung derselben auf die Zeit der errichteten Ehepacte zurückwirken soll. Im ersten Falle wird das bey der Scheidung vorhandene gemeinschaftliche Vermögen, wie bey dem Tode des einen oder des andern Ehegatten getheilet, was zur Folge hat, daß jeder Gatte das, was er nach der Scheidung erwirbt, für sich erwerbe, weil keine Gemeinschaft mehr besteht. Im zweyten Falle ist es eben so viel, als wenn in den Ehepacten keine Gemeinschaft bedungen worden wäre; das bisher gemeinschaftlich gewesene Vermögen wird also als ein dem einen oder anderen Ehegatten ausschließlich eigenthümliches Vermögen betrachtet, je nachdem es dem einen oder andern Ehegatten durch Vertrag oder Anordnung des letzten Willens angefallen ist. Haben die Ehegatten sich nicht deutlich ausgedrückt, von welchem Zeitpuncte an die Ehepacte aufgehoben seyn sollen, so wird im Zweifel angenommen werden müssen, daß diese Aufhebung vom Tage der Scheidung zu gelten habe.

§. 1264.

Oder 3) einer gerichtlichen Scheidung.

Ist aber auf die Scheidung durch richterliches Urtheil erkannt worden, und trägt kein Theil, oder jeder Theil Schuld an der Scheidung, so kann ein oder der andere Ehegatte verlangen, daß die Ehepacte für aufgehoben erklärt werden; worüber von dem Gerichte stets ein Vergleich zu versuchen ist (§. 103). Ist ein Theil schuldlos, so steht demselben frey, die Fortsetzung oder Aufhebung der Ehepacte, oder nach Umständen, den angemessenen Unterhalt zu verlangen.

1) Ist die Scheidung keine freywillige, sondern ist hierauf durch richterliches Urtheil erkannt worden, so unterscheidet das a. b. G. B. drey Fälle, nähmlich: a) wenn kein Theil an der Scheidung Schuld trägt, b) wenn beyde Theile an der Scheidung Schuld haben, und c) wenn ein Theil schuldlos, der andere aber schuldig ist. Im ersten Falle räumt das Gesetz keinem Theile einen Vorzug vor dem andern ein; und es kann der eine oder der andere Theil die Aufhebung der Ehepacte verlangen. Dem richterlichen Erkenntnisse hat zwar immer der Versuch eines gütlichen Einverständnisses vorher zu gehen; im Falle dieses jedoch nicht zu Stande käme, müßte der Richter durch Urtheil auf die Aufhebung der Ehepacte erkennen.

2) Tragen beyde Theile Schuld an der Scheidung, so ist gleichfalls kein Grund vorhanden, einem oder dem andern Theile einen Vorzug einzuräumen; es hat daher in diesem Falle alles dasjenige Statt, was für den Fall vorgeschrieben ist, wenn keinem Theile eine Schuld zur Last fällt. Wenn daher ein Theil die Aufhebung der Ehepacte verlangt, und sie der andere nicht freywillig aufheben will; so muß der Erstere gegen den Letzteren eine ordentliche Klage anstrengen, und bitten, daß die Ehepacte als aufgehoben erklärt werden. Daß diese Erklärung durch ordentliches Urtheil und im Wege des gerichtsordnungsmäßigen Verfahrens geschehen müsse, scheint gar keinem Zweifel zu unterliegen.

3) Ist ein Theil schuldlos, so steht demselben frey, die Fortsetzung oder Aufhebung der Ehepacte zu verlangen; der schuldige Theil hat in keinem Falle das Recht, wider den Willen des andern Ehegatten diese Aufhebung zu begehren. Herr Hofrath v. Zeiller fügt diesem bey, daß dem schuldlosen Theile immer der anständige Unterhalt gebühre; welche Behauptung mir jedoch mit der Vorschrift des §. im Widerspruche zu stehen scheint, indem sie den Satz, daß der schuldlose Ehegatte die Fortsetzung oder Aufhebung der Ehepacte verlangen könne, und den, daß er den angemessenen Unterhalt ansprechen könne, nicht mit und, sondern mit oder verknüpfet und ausdrücklich noch die Worte „nach Umständen" hinzufüget. Die Textirung dieser Worte scheinet vielmehr meine Behauptung zu rechtfertigen, die darin besteht, daß der schuldlose Theil befugt sey, das Recht, die Fortsetzung oder Auflösung der Ehepacte zu verlangen, dem schuldigen Ehegatten zu überlassen, dafür aber einen angemessenen Unterhalt anzusprechen [1]). Was unter angemessenen Unterhalt verstanden werde, habe ich bereits anderswo näher entwickelt, worauf ich hier verweise [2]).

4) v. Scheidlein behauptet, daß in dem Falle, als der schuldlose Theil die Aufhebung der Ehepacte verlangt, das Gericht nicht, wie in den beyden vorigen Fällen, angewiesen sey, einen Vergleich zu versuchen, sondern selbst ohne vorher ein rechtliches Verfahren eingeleitet zu haben, die Aufhebung der Ehepacte ohne weiters erkennen müsse [3]). Allein wenn der schuldige Ehegatte nicht freywillig in die Aufhebung der Ehepacte willigt, sondern dagegen Einwendungen vorbringt, und folglich über die Frage, ob sie aufgelöst werden sollen oder nicht, ein Streit entstehet; so kann dieser Streit doch wohl nicht leicht anders, als durch ein

1) Nach den Regeln der grammatikalischen Auslegung kann meine Behauptung wohl nicht leicht einem Zweifel unterzogen werden, und da (siehe meine Abhandlung über die Auslegung und Anwendung der Gesetze §. 16) die logische Auslegung der grammatischen nicht entgegen stehen kann, so scheint sie auch wohl hier die einzig annehmbare zu seyn. Uebrigens ist von der Gegenseite noch kein Grund aufgeführt worden, aus welchem, wenn sie auch überhaupt Statt fände, einer ausdehnenden Auslegung des Gesetzes hier Platz gegeben werden solle.

2) Siehe §. 23 meiner Darstellung der Rechte der Ehegatten in Bezug auf ihr Vermögen.

3) A. a. O. §. 147.

ordentliches Urtheil, das nur nach geschlossenem gerichtsordnungsmäßigen Verfahren geschöpft werden kann, entschieden werden, und aus dem Grunde, daß sich in dem Schlußsatze des §. 1264 auf den §. 103 nicht ausdrücklich berufen wird, folgt keineswegs, daß er hier außer Anwendung kommen solle, da die §§. 108 u. 117 ganz allgemein sprechen, und die Berufung auf den §. 108 im §. 1264 bloß da geschehen ist, wo sich die erste Veranlassung dazu angebothen hat. Auch läßt sich kein Grund denken, warum der Gesetzgeber bloß in dem Falle, als beyde Theile schuldig oder schuldlos an der Scheidung sind, den Vergleichs-Versuch angeordnet haben solle, in dem Falle, daß nur Ein Theil schuldlos ist, aber nicht. Müßte man nicht mit gleichem Rechte schließen, daß der Richter sich in diesem Falle um die Versorgung der Kinder nicht zu bekümmern habe, weil diese Vorschrift nur in den §§. 108 u. 117 angeordnet ist, welche nach oberwähnter Behauptung keine Anwendung haben? Uebrigens hat der schuldlose Ehegatte nur die Wahl, die Fortsetzung oder die gänzliche Aufhebung der Ehepacte, keineswegs aber eine bloß theilweise Abänderung zu verlangen.

5) Die Aufhebung der Ehepacte hat sohin zur Folge, daß a) das Heirathsgut zurückgestellt werden muß. Es frägt sich hier nur, wem, der Ehegattinn, oder demjenigen, der das Heirathsgut gegeben hat? — Ich glaube der Ersteren, wenn sich der Besteller des Heirathsgutes den Zurückfall nach dem Tode des Mannes nicht ausdrücklich ausbedungen hat. Denn eines Theils wird, wenn auch ein Dritter dem Manne das Heirathsgut übergibt, dasselbe doch nur im Nahmen der Ehegattinn übergeben; anderen Theils kann diese Aufhebung der Ehepacte nur für die Ehegatten unter sich, nicht aber auch für Fremde Rechtsverhältnisse gründen; und derjenige, der die Aufhebung der Ehepacte verlangt, will nur sich, nicht aber einem Dritten dadurch einen Vortheil einräumen. b) Daß es von der versprochenen Widerlage, so wie c) von dem errichteten Erbvertrage, d) von dem auf den Todesfall ertheilten Fruchtgenusse des Vermögens, e) von dem wittiblichen Unterhalte, und f) von den zugesicherten, aber noch nicht vollzogenen Schenkungen abzukommen habe; fer-

ners, daß die von einem Theile dem andern, wiewohl auf immer zugestandene Verwaltung oder Fruchtnießung des Vermögens als widerrufen anzusehen sey, und die bedungene Gütergemeinschaft aufgelöset werde, mithin das gemeinschaftliche Vermögen der Theilung eben so, wie bey dem Tode, unterliege. — Auf bereits erfüllte Schenkungen kann die Aufhebung der Ehepacte keinen Einfluß haben, weil der beschenkte Theil bereits Eigenthümer des geschenkten Gegenstandes geworden ist, und selbe sohin keine bloße Ehepacte sind. Eben so wenig kann sich die Aufhebung der Ehepacte auf wechselseitige Testamente ausdehnen, weil die wechselseitigen Testamente wohl bey Gelegenheit der Ehepacte abgehandelt, keineswegs aber unter diesen Begriff subsumirt werden können, und weil es ohnehin jedem Ehegatten frey stehet, sie zu widerrufen.

§. 1265.

4) Nichtigerklärung.

Wird eine Ehe für ungültig erklärt; so zerfallen auch die Ehepacte, das Vermögen kommt, in so fern es vorhanden ist, in den vorigen Stand zurück. Der schuldtragende Theil hat aber dem schuldlosen Theile Entschädigung zu leisten (§. 102).

1) Eine ungültig erklärte Scheinehe war nie eine wahre Ehe, und da Ehepacte Verträge sind, die in Absicht auf die eheliche Verbindung über das Vermögen geschlossen werden; so bestanden auch zwischen beyden Theilen nie wirkliche Ehepacte. Wie daher die gerichtliche Erklärung erfolgt, daß die zwischen den beyden vermeintlichen Ehegatten geschlossene eheliche Verbindung keine wahre Ehe war, so ist eben hierdurch auch erklärt, daß die verabredeten Ehepacte ungültig seyen. Aus eben diesem Grunde muß daher auch die Nichtigkeitserklärung der Ehepacte auf den Zeitpunct des geschlossenen Vertrages zurückbezogen werden. In diesem Falle muß daher das Heirathsgut demjenigen, der es gegeben hat, zurückgegeben werden, weil, wie v. Scheidlein ganz richtig bemerkt, wenn man auch annimmt, daß derjenige, der für die Braut ein Heirathsgut gibt, dasselbe der Braut schenke, damit sie es dem

Bräutigam zubringe, und wenn also auch eben darum nach dem Tode des Mannes die Gattinn, und nicht derjenige, der das Heirathsgut gegeben hat, es zurückzufordern berechtigt ist, dieses doch auf den Fall der Nichtigkeit der Ehe nicht angewendet werden kann, da nach dem §. 1247 Geschenke, die ein Dritter dem einen oder andern verlobten Theile in Rücksicht auf die künftige Ehe macht, bey nicht erfolgender Ehe widerrufen werden können. Die Morgengabe fällt auf den Mann zurück, weil die Bedingung, unter der sie gegeben wird, wenn nähmlich der erste Morgen ihrer Ehe erscheint, nicht eingetroffen ist. — Von dem Versprechen der Widerlage, dem errichteten Erbvertrage, dem bedungenen Witwengehalte, oder der auf den Fall des Ueberlebens bedungenen Fruchtnießung kömmt es gänzlich ab, und der Vertrag, wodurch eine Gütergemeinschaft bedungen worden ist, wird schon in seiner Entstehung unkräftig; es ist daher jeder Theil Eigenthümer des in diese eheliche Gemeinschaft gebrachten Vermögens, so wie desjenigen geblieben, was er sich während der Ehe erworben hat. Wäre das zurückzustellende Vermögen nicht mehr vorhanden, so ist zu unterscheiden, ob beyde Theile, oder nur ein Theil, oder keiner von dem Daseyn eines Ehehindernisses etwas gewußt habe oder nicht. Hat kein Theil von dem Daseyn eines Ehehindernisses etwas gewußt, und ist die Sache aus Verschulden desjenigen Ehegatten in Verlust gerathen, der sich in Folge der geschlossenen Ehepacte als Eigenthümer derselben ansehen müßte, so ist er als redlicher Besitzer der Sache hierfür nicht verantwortlich; eben dieses ist der Fall, wenn nur einem Theile das Ehehinderniß unbekannt geblieben ist, und dieser die Sache verbraucht hat. Wußte aber derjenige Theil, aus dessen Verschulden die Sache zu Grunde gegangen ist, von dem Daseyn des Hindernisses, so hat er dafür zu haften. Für den Zufall ist kein Theil verantwortlich. — Ueberhaupt hat der schuldtragende Theil dem schuldlosen Theile Entschädigung zu leisten. Im Falle der Ungültigkeits-Erklärung einer Ehe werden auch die bereits errichteten wechselseitigen Testamente aufgehoben, weil solche nur zwischen Ehegatten bestehen können, durch die Ungültig-

keits-Erklärung aber ausgemacht ist, daß beyde Personen keine wirklichen Ehegatten waren.

2) Kann die vermeintliche Ehegattinn, welche ihrem vermeintlichen Gatten stillschweigend die Verwaltung ihres Vermögens überlassen hat, auf Rechnungslegung dringen? — Da eine ungültige Ehe eigentlich keine Ehe ist, so können auch alle gesetzlichen Bestimmungen, welche das Daseyn einer Ehe voraussetzen, für jene, die in einer ungültigen Ehe leben, der Regel nach nicht als verbindliche Normen angesehen werden. — Es scheinen daher bey Beantwortung obiger Frage folgende zwey Fälle unterschieden werden zu müssen, nähmlich: ob dem Ehegatten das Daseyn des Ehehindernisses bekannt war oder nicht. Im letzten Falle kann meines Erachtens die Gattinn eine Rechnungslegung nicht fordern; denn der §. 1458 sagt, daß denjenigen, welche die Rechte eines Ehegatten redlicher Weise ausüben, die schuldlose Unwissenheit zur einstweiligen Behauptung und Ausübung ihrer vermeintlichen Rechte zu Statten komme, woraus klar hervorgehet, daß, so lange der vermeintliche Ehemann nicht in Kenntniß kömmt, daß die von ihm eingegangene Ehe ungültig sey, er über jene Handlungen, die er als Ehemann unternommen, und als solcher zu unternehmen berechtigt war, unangefochten bleiben müsse. — Ja selbst in dem Falle, als beyde Ehegatten das Ehehinderniß gewußt haben, scheint die vermeintliche Gattinn auf Rechnungslegung nicht dringen zu können. Denn sie hat ja nach dem §. 96 nicht einmahl das Recht, die Ehe als ungültig erklären zu lassen, um so viel weniger kann ihr das Recht eingeräumt werden, ihren *glaublichen* Ehegatten wegen Handlungen zur Verantwortung zu ziehen, die er vor gerichtlicher Ungültigkeits-Erklärung mit ihrer stillschweigenden Gestattung als Ehemann ausgeübt hat. Beyde Theile haben sich bey Schließung des Ehevertrages stillschweigend alle Rechte eingeräumt, und alle Pflichten zu erfüllen zugesichert, die mit dem Stande eines Ehegatten verbunden sind, obschon beyde wußten, daß ihre Ehe vor dem Gesetze ungültig sey; folglich hat auch die vermeintliche Ehegattinn ihren scheinbaren Mann berechtigt, die Verwaltung ihres freyen Vermögens, in so lange

sie derselben nicht widerspricht, zu besorgen: in Hinsicht welcher Verwaltung er über die bezogenen Nutzungen keine Rechnung zu legen schuldig seyn soll. Weder der Staat selbst, noch ein Dritter hat ein Interesse dabey, daß die Wirkungen des geschlossenen Ehevertrages auch in dieser Hinsicht zernichtet werden, und die Gattinn verdient den Schutz des Gesetzes nicht, das sie selbst bey Seite gesetzt hat.

Hat hingegen der vermeintliche Ehegatte um das der Ehe entgegenstehende Hinderniß gewußt, die Gattinn aber nicht; so ist die Letztere allerdings berechtiget, bey Ungültigkeits-Erklärung der Ehe von dem Ersteren die Rechnungslegung über die geführte Verwaltung zu fordern. Denn die obangeführten Gründe sprechen in diesem Falle für seine Befreyung von dieser Schuldigkeit nicht, sohin bleibt es bey der Regel, daß diese Befreyung nur dem wirklichen, nicht aber bloß dem vermeintlichen Ehemanne, der sich hier auf keine schuldlose Unwissenheit berufen kann, zustehe. Auch steht in dem Falle einer solchen Ungültigkeits-Erklärung dem schuldlosen Theile das Recht zu, von dem schuldigen Entschädigung zu fordern, welche nach Umständen sich entweder lediglich auf den wirklich erlittenen Schaden beschränkt, aber auch manchmahl auf den entgangenen Gewinn sich ausdehnen kann (§. 1324). Ist z. B. einem der beyden Ehegatten der factische Umstand, welcher das Ehehinderniß gegründet, bekannt, er weiß aber nicht, daß dieser Umstand durch die Gesetze als ein Ehehinderniß erklärt worden ist, so fällt ihm wohl ein Verschulden zur Last, weil die Unwissenheit der Gesetze nicht entschuldigt, und es immer eine Nachlässigkeit bleibt, wenn Jemand bey Schließung eines Geschäftes nicht wenigstens nach der Kenntniß der auf dieses Geschäft Bezug habenden Gesetze und Verordnungen strebet; jedoch ist in diesem Falle weder eine böse Absicht, noch eine auffallende Sorglosigkeit vorhanden, vorausgesetzt, daß das Ehehinderniß nicht von der Art ist, daß selbes ohne positive Gesetzgebung schon durch die eigene Vernunft von jedem Menschen leicht als solches erkannt werden kann, weil sich eine auffallende Sorglosigkeit nur durch ein solches Versehen äußert, welches bey gemeinen Fähigkeiten ohne Anstrengung der

Aufmerksamkeit vermieden werden konnte, und das oft nur vorgegeben wird, um die böse Absicht zu verkleiden [1]).

§. 1266.

Trennung der Ehe.

Wird die Trennung der Ehe (§§. 115 u. 133) auf Verlangen beyder Ehegatten, ihrer unüberwindlichen Abneigung wegen, verwilliget; so sind die Ehepacte, so weit darüber kein Vergleich getroffen wird (§. 117), für beyde Theile erloschen. Wird auf die Trennung der Ehe durch Urtheil erkannt, so gebührt dem schuldlosen Ehegatten nicht nur volle Genugthuung, sondern von dem Zeitpuncte der erkannten Trennung alles dasjenige, was ihm in den Ehepacten auf den Fall des Ueberlebens bedungen worden ist. Das Vermögen, worüber eine Gütergemeinschaft bestanden hat, wird wie bey dem Tode getheilt, und das Recht aus einem Erbvertrage bleibt dem Schuldlosen auf den Todesfall vorbehalten. Die gesetzliche Erbfolge (§§. 757 — 759) kann ein getrennter, obgleich schuldloser Ehegatte, nicht ansprechen.

1) Die Trennung der Ehe setzt immer eine gültige Ehe voraus, und die bey Eingehung derselben errichteten Ehepacte erscheinen daher als rechtskräftig verabredet. Allein sie beziehen sich immer nur auf die eheliche Gemeinschaft, und werden daher bey Akatholiken unter der stillschweigenden auflösenden Bedingung der künftig möglichen Trennung geschlossen. Wird daher die Trennung der Ehe auf Verlangen beyder Theile ihrer unüberwindlichen Abneigung wegen verwilliget, so ist zwar immer vorläufig ein Versuch zu machen, die in Betreff der Absonderung des Vermögens sich ergebenden Streitigkeiten durch Vergleich

1) Siehe v. Zeiller's Commentar §. 1324 Nr. 4.

beyzulegen; kommt aber ein solcher Vergleich nicht zu Stande, so sind die Ehepacte für erloschen zu erklären (§. 117).

2) Wird aber auf die Trennung durch Urtheil erkannt, so ist zu unterscheiden, ob beyde Theile, oder nur ein Theil an dieser Trennung Schuld sey. Im letztern Falle kann der schuldlose Theil, welcher im Zutrauen auf die Ehepacte die eheliche Verbindung eingegangen hat, an seinen Rechten nichts verlieren, der schuldige Gatte aber aus seinem Vergehen keinen Vortheil ziehen; und da der schuldlose Ehegatte durch die Trennung während den Lebzeiten beyder Ehegatten in die nähmliche Lage versetzt wird, als wenn sein Mitgatte verstorben wäre, so erscheint die Disposition des gegenwärtigen §., daß dem schuldlosen Ehegatten nicht nur volle Genugthuung, sondern von dem Zeitpuncte der anerkannten Trennung alles dasjenige gebühre, was ihm in den Ehepacten auf den Fall des Ueberlebens bedungen worden ist, hinreichend begründet.

3) Diesem zu Folge gebühret einer schuldlosen Ehegattinn sogleich, wie bey einem eingetretenen Todfalle, die Zurückstellung des Heirathsguts, die Widerlage, die bisher dem Ehegatten zugestandene eigene Verwaltung oder Fruchtnießung des Vermögens, der Witwengehalt, und das, was ihr als Fruchtnießung auf den Todesfall bedungen worden ist; jedoch das Letztere nur in so fern, als die Fruchtnießung einer bestimmten Sache ausgemacht worden ist. Ist die Fruchtnießung des ganzen Vermögens, oder eines auf das Ganze bestimmten Theils bedungen worden, so ist dieses, wie bereits oben bewiesen worden, als ein Erbvertrag anzusehen, und es bleibt daher dem schuldlosen Theile das dießfällige Recht für den Todesfall vorbehalten. Ist aber die Fruchtnießung einer bestimmten Summe, oder einer andern bestimmten Sache versprochen, dann kommt das dießfällige Recht sogleich nach erfolgter Trennung in Wirksamkeit. So liegt daher die Wahrheit, nach meiner Ansicht, zwischen der Behauptung des Herrn Hofraths v. Zeiller, und der des Herrn Regierungsrathes v. Scheidlein in der Mitte [1]). Das Vermögen, worüber eine Gütergemeinschaft bestanden hat, wird wie bey dem Tode getheilt.

4) Durch die Wiederverehelichung verliert der schuldlose Gatte alle jene Rechte, aber auch nur diejenigen, welche er in dem Falle aufgeben müßte, wenn er sich in seinem Witwenstande wieder verehelichte. Fällt beyden Ehegatten eine Tren-

1) Indem der Erstere die Meinung ausspricht, daß der schuldlosen Ehegattinn sogleich nach aufgelöster Ehe dasjenige gebühre, was ihr als Fruchtnießung auf den Todesfall bedungen worden ist; Letzterer aber ihr dieselbe für den Todesfall aufbehalten will, ohne Unterschied, ob die Fruchtnießung des ganzen Vermögens, oder einer bestimmten Sache zugesichert worden ist.

nungs-Ursache zur Last, so scheinen hier die nähmlichen Vorschriften Platz zu greifen, welche für den Fall bestehen, als die Trennung der Ehe auf Verlangen beyder Gatten ihrer unüberwindlichen Abneigung wegen verwilliget wurde; die Ehepacte müssen hier aus gleichem Grunde, wie oben erlöschen, und es kann auch keinem Theile ein besonderer Vorzug eingeräumt werden.

5) Was hat die Trennung für eine Wirkung, wenn keine Ehepacte errichtet worden sind? In diesem Falle ist gleichfalls zu unterscheiden, ob selbe auf Verlangen beyder Ehegatten ihrer unüberwindlichen Abneigung wegen bewilliget, oder ob hierauf durch Urtheil erkannt wird. Im ersten Falle hören alle gegenseitigen Ansprüche auf, jeder Gatte nimmt sein Vermögen zu sich, und von einer Entschädigung des Gatten in Betreff des seiner Gattinn schuldigen Unterhalts kann keine Rede seyn. — Wird aber auf die Trennung der Ehe durch Urtheil erkannt, so gebührt dem schuldlosen Ehegatten volle Genugthuung. Es muß daher nicht nur Alles in den vorigen Stand zurückgesetzt, und in so fern dieses nicht mehr möglich ist, der Schätzungswerth vergütet, sondern es muß auch dem schuldlosen Ehegatten der Gewinn ersetzt werden, der ihm aus der ehelichen Verbindung zugekommen seyn würde (§. 1323). Aus diesem folgt, daß die schuldlose Ehegattinn für die ihr durch die Trennung entgehende Versorgungspflicht des Ehegatten eine Vergütung ansprechen könne; bey dem Ausmaße dieser Entschädigung muß aber auch auf den Umstand Rücksicht genommen werden, wie viel die Frau etwa selbst, wenn die Ehe noch fortgedauert hätte, zum Erwerbe des Mannes hätte beytragen können (§. 92), weil nur nach Abrechnung dieses Betrages der wahre Gewinn sich darstellt. Schreitet die Gattinn zur zweyten Ehe, so hört, in so fern sich der getrennte Ehegatte zur Abreichung eines jährlichen Betrages verbindlich gemacht hat, oder er hierzu durch Urtheil verhalten wurde, diese Beytragspflicht ohne Zweifel auf; denn nun gehet diese Verbindlichkeit auf den neuen Ehegatten über, und der frühere kann nicht gehalten werden, die Gattinn eines Dritten zu versorgen. Der Umstand, daß vielleicht die Vermögens-Verhältnisse des zweyten Ehegatten es nicht zulassen, seiner Frau eine solche Versorgung zu verschaffen, wie sie sich in der frühern Ehe zu erfreuen gehabt hatte, macht an der Sache nichts; denn es stand in der Wahl derselben, die bisher ausgeworfene Versorgung der neuen Ehe vorzuziehen. Hat sie das Umgekehrte gethan, so hat sie auf die erstere stillschweigend Verzicht geleistet.

PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY